Der eigenmächtige ärztliche Eingriff in strafrechtlicher Beurteilung.

(Unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität

zu

Erlangen,

vorgelegt von

Ernst Marks

aus Aachen.

Quakenbrück
Druck: Handelsdruckerei C. Trute
1930.

30·98

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezbr. 1929.
Referent: Professor Dr. A. Köhler,
Dekan: Professor Dr. A. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0013

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Der ärztliche Eingriff keine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB. 4
§ 3. Der ärztliche Beruf als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit 12
§ 4. Der Zweck als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit . 15
§ 5. Das überwiegende Interesse als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit 18
§ 6. Das Gewohnheitsrecht als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit 20
§ 7. Die Einwilligung als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit 22
§ 8. Die präsumierte Einwilligung als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit 34
§ 9. Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit 36
§ 10. Gesetzesvorschläge und ausländisches Recht 47
§ 11. Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch . . . 60

Literaturverzeichnis.

Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund. In „Strafrechtliche Abhandlung". 1908.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1922.

Altmann-Jacob, Kommentar zum österreichischen Strafrecht. 1928.

Arieff, Die ärztliche Tätigkeit und das Strafrecht. Diss. Bern. 1910.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. 1926.

Aschrott-Liszt, Reform des Strafrechts. 1911.

Balser, Berufstätigkeit des Arztes und der Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1925. In der Münchn. Med. Wochenschrift. Jahrgang 72 (1925) S. 1474.

v. Bar, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. „Im Gerichtssaal" Bd. 60 S. 81 ff.

Derselbe, Medizinische Forschung und Strafrecht. In der Festschrift für Regelsberger (1901).

Bacharach, Der ärztliche Eingriff ohne Einwilligung des Kranken. In der Leipz. Zeitschr. für deutsches Recht, 1915, S. 743 .

Behr, Aerztlicher operativer Eingriff und Strafrecht. Diss. Würzburg 1902.

Beling, Lehre vom Verbrechen. 1906.

Derselbe, Grundzüge des Strafrechts. 1925.

Derselbe, Der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches. Im Ger.-S. Bd. 91, S. 348 ff.

Derselbe, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts. In ZStr. W. Bd. 18 (1898) S. 286.

Derselbe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStr. W.) Bd. 44 (1924), S. 221 ff.

Berner, Lehrbuch des Strafrechts. 1888.

Binding, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. 1, 1897; 7. Aufl. 1907.

Derselbe, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. 1, 1902.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 3. Bd. 1905.

Brandt, Die Furcht vor der Operation. Im Feuilleton der Frankf. Ztg. vom 2. 12. 1898. Nr. 333. Angef. bei Lilienthal, S. 49.

Brinitzer, Walter: Die strafrechtliche Stellung des Arztes bei operativen Eingriffen. Diss. Leipzig 1910.

Brückmann, Neue Untersuchung zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. In ZStr. W. Bd. 24 (1904), S. 656 ff.

Buresch, Das Strafrecht der Goldküste. In „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart. Hrsg. v. Liszt, Bd. 2, S. 384.

Büring, Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung nach geltendem Strafrecht. Diss. Göttingen 1920.

Dernburg, Schuldverhältnisse II, 1, 1915.

Dietrich, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Diss. Marburg. 1896.

Dohna, Graf zu: Die Rechtswidrigkeit. 1905.

Dölle, Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit. In den Verhandlungen des 34. deutschen Juristentages, 1. Bd. 1926.

Ebermayer, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes bei operativen Eingriffen. In Leipz. Zeitschr. 1914, S. 1703.

Derselbe, RGR. Kommentar zum StGB. Hrsg. v. Eb. 1920.

Derselbe, Zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches. In L. Z. 1927, S. 5 ff.

Derselbe, Arzt und Patient. 1925.

Elster, Rechtswidrigkeit. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Hrsg. v. Stier-Somlo und Elster. 1926/27.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1903.

Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse I, 2. 1927.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Lesg. Amtl. Ausgabe 1888.

Fischer, H. A.: Empfiehlt es sich im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern? In D. J. Z. 1926, S. 1281.

Derselbe, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. 1911.

Finger, Die chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. In ZStr. W. Bd. 20 (1900), S. 12 ff.

Flad, Handeln auf eigene Gefahr. In „Das Recht", 1919, S. 13 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, mit Kommentar. 1926.

Derselbe, Strafausschließungs- und Milderungsgründe. In „Die Reform des deutschen Strafgesetzbuches" (Aschr.-Liszt) Bd. I, 2. 1910.

Fuchs, Richard: Strafgesetz und Rechtswidrigkeit. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. 10. Jahrg. 1914, S. 513 ff.

Galli, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes bei operativen Eingriffen. In L. Z. 1914, S. 1510 ff.

Derselbe, Unter welchen Voraussetzungen bedarf die strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Eingriffe der gesetzlichen Regelung? In „Das Recht" 1905 S. 12.

Gerland, Deutsches Strafrecht. 1922.

Derselbe, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden. In der vergleichenden Darstg. des deutschen und ausländischen Sprachrechts. Allgem. Teil Bd. 2, S. 487 ff.

Geyer, Grundriß der Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Bd. 1, 1884.

Gleispach, Der Strafgesetzentwurf und Abänderungsvorschläge. 1921.

Goldschmidt, J.: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 20. Bd, Heft 3, 1910.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. 1917.

Hamm, Operative Eingriffe der Aerzte. In D. J. Z. 1907, S. 447 ff.

Hartwig, Die Körperverletzung eines Einwilligenden nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Im Ger.-S. Bd. 82, S. 301, Bd. 83, S. 27.

Hegler, Die Merkmale des Verbrechens. In ZStr. W. Bd. 36, S. 42.

Heimberger, Strafrecht und Medizin. 1899.

Derselbe, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. In der Vergl.-Darst. des deutschen und ausländ. Rechts. Allgem. Teil. Bd. 4, S. 1 ff.

Derselbe, In Reform des Strafrechts (Aschr.-Kohlr.) 1926.

Honig, Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. 1919.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892.

Kahl, Der Arzt im Strafrecht. In ZStr. W. Bd. 29 (1909) S. 326 ff.

Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtl. Bedeutung. 1884.

Kiehl, Die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrecht. Im Arch. f. Strafrecht. (Goltdammer) 54. Jahrg. 1907, S. 357 ff.

Kitzinger, Zur Lehre der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Im Ger.-S. Bd. 55, S. 87 ff.

Kohlrausch, Das Recht zu ärztlichen Eingriffen. In ZStr. W. Bd. 23, 1903, S. 694 ff.

Köhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1917.

Derselbe, Reformfragen des Strafrechts. 1903.

Kollbrunner, Die rechtliche Stellung des Arztes. 1903.

Lehmann, Einwilligung. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Hrsg. v. Stier-Somlo und Elster. Bd. 1, 1926/27.

Lieske, Die Operationsfreiheit im Lichte fortschreitender Strafrechtsreform.

Derselbe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. In der Zeitschrift für ärztl. Fortbildung. 11. Jahrg. 1914, S. 375 ff.

Lilienthal, Der Zweck als Straf- und Schuldmoment. In ZStr. W. Bd. 20, 1900, S. 440 ff.

Derselbe, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung in der Festgabe für Bekker. 1899.

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht. 1898.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 16./17. Aufl. 23. Aufl.

Derselbe, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuches. 1898.

Derselbe, Die Verantwortlichkeit bei ärztlichen Handlungen. In der Zeitschrift für ärztl. Fortbildung. 1904, S. 152 ff.

Löffler, Die Körperverletzung, in der Vergl.-Darst. . . . . Bes. Teil, Bd. 5, S. 205 ff.

Derselbe, Die Tötung und Körperverletzung. In „Der deutsche Strafgesetzentwurf". Berichte und Abänderungsvorschläge bei der 1. Tagung der Oe. K. V. vom 13. bis 15. Oktober 1921. hrsg. von Gleispach. 1921.

Derselbe, Rechtswidrigkeit, Notwehr, Notstand. Ebenda.

Mansfeld, Zur Haftung des Arztes wegen Pflichtverletzung, in L. Z. 1915, S. 334.

Mayer, M. E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1911.

Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe. 1912.

Derselbe, Die Kollision rechtmäßiger Interessen. 1895.

Meyer, Hugo: Lehrbuch des Strafrechts. 1895.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1922.

Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente. Im Ger.-S. Bd. 89, 1924, S. 205 ff.

Mittermaier, Zum Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches in ZStr. W. 1910, S. 630.

Molière, Malade imaginaire.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2, 1888.

Nagler, Die Rechtswidrigkeit. In der Festschrift für Binding. 1911, Bd. 2, S. 275 f.

Derselbe, In Vergl.-Darst. Bes. Teil Bd. 8, S. 467.

Nathan, Nothilfe und ärztlicher Eingriff, im Entwurf von 1919. In ZStr. W. Bd. 43, 1922, S. 451 ff.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 1910.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 2, 1916.

Oppenheim, Das ärztl. Recht zu körperl. Eingriffen an Kranken und Gesunden. 1892.

Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. (3. Aufl. 1907), 4. Aufl. 1928.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuches. 1898.

Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht. 1907.

Derselbe, In Reform des Strafrechts (Aschr.-Kohlr.) 1926.

Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB. 1928.

Reichel, Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit. In den Verh. des 34. deutsch. Juristentages, 1. Bd. 1926.

Rosenberg, Strafbare Heilungen. Im Ger.-S. Bd. 62, 1903, S. 62 ff.

Sauer, Grundlagen des Strafrechts. 1921.

Schäfer, Ernst: Aerztliche Interessen. Im Entwurf des neuen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen des Reichsrats. In der deutsch. med. Wochenschr. 1927, S. 973 ff.

Schäfer, Leopold: Die deutschen Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. 1927.

Schmidt, Karl: Ueber Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des kunstgerechten operativen Eingriffs. In ZStr. W. Bd. 31, S. 467.

Schmidt, Richard: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für verletzende Eingriffe. 1900.

Schnitzler, Otto: Der ärztl. Eingriff und das Strafrecht. Diss. Leipzig. 1908.

Schröder, J. U.: Ueber Wechselwirkungen des Bürgerl. und des Strafrechts. Im Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 97, 1905, S. 361 ff.

Schuster, Ernst: In „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart ..." Hrsg. v. Liszt, Bd. 1, 1894, S. 609 ff. (Engl. Recht).

Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar. 1914.

Spinner, Aerztl. Recht. 1914.

Staub-Koenige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Bd. 1926.

Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, 3. Teil, 1929.

Stenglein, In D. J. Z. 1899, S. 106; 151 (ohne Titel).

Stier-Somlo und Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. 1926/27.

Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. 1898.

Derselbe, Die strafrechtl. Natur ärztl. Handlungen. In D. J. Z. 1899, S. 184.

v. Thur, Der Allgemeine Teil des Bürgerl. Rechts. 2. Bd., 2. Hälfte. 1918; 2. Bd., 1. Hälfte 1914.

Vollmann, Ueber die strafrechtl. Würdigung chirurg. und geburtshülf. Operationen. In der Berl. klin. Wochenschrift 1908, S. 2171.

Vossische Zeitung Nr. 151/2 1929.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.

Weber, Hellmut v.: Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutsch. Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925.

Wein, Franz: Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes. Diss. Erlangen 1908.

Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Im Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 99, 1906, S. 1 ff.

Derselbe, Die Haftung des Arztes bei ärztl. Behandlung. In der deutschen med. Wochenschrift, Bd. 33, II. (1907) S. 2052 ff.; 2098 ff.; 2144 ff.

Entscheidungen.

RGStr. Bd. 2, S. 243.
Bd. 6, S. 61.
Bd. 24, S. 369.
Bd. 25, S. 227.
Bd. 25, S. 375.
Bd. 38, S. 34.
Bd. 41, S. 392.

RGZ. Bd. 68, S. 308.
Bd. 68, S. 431.
Bd. 78, S. 432.

RG. in J. W. 1907, S. 505.

RG .in Gruch. Beiträgen, Bd. 51, S. 923.

RG. in Warn. 1911, Nr. 398.

RG. in Das Recht, 1908, Nr. 3413.

OLG. Darmstadt in Seuff. Arch. Bd. 62, S. 269.

OLG. Colmar in der Sammlung Mugdan 1916, S. 329.

OLG. Braunschweig in Seuff. Arch. Bd. 48, Nr. 262.

OLG. Dresden, mitgeteilt von Tränkner in D. J. Z. 1899, S. 199.

Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, mit Begründung. 1909.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (gefertigt im Reichsjustizamt) 1911.

Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, aufgestellt von Kahl, v. Liszt, Lilienthal und Goldschmidt, mit Begründungen. 1911.

Regierungsentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches und einer Strafprozeßordnung von 1912 (im Druck 1913).

Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 (im Druck 1921).

Der Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, von 1919, mit Denkschrift (im Druck 1921).

Der Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1924/25 (Reichsratsvorlage) nebst Begründung.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927.

§ 1.
Einleitung.

Eine Fülle von Literatur, sowohl von juristischer wie von ärztlicher Seite ausgehend, entstand um die Jahrhundertwende um das Problem der Strafbarkeit des ärztlichen Eingriffes, hervorgerufen insbesondere durch zwei aufsehen erregende Prozesse aus den Jahren 1893 und 1897. Im ersteren (Hamburger) Fall wurde gegen den behandelnden Arzt Anklage wegen Körperverletzung erhoben, weil er an einem Kind gegen den Willen des Vaters einen Fuß amputiert hatte, obwohl die Operation vom medizinischen Standpunkte aus notwendig gewesen war. Die Freisprechung des Arztes erfolgte durch das Landgericht Hamburg, an das die Sache vom Reichsgericht zurückverwiesen war, nur deswegen, weil dem Angeklagten bei Vornahme der Operation das Bewußtsein des Fehlens der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, also das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, fehlte [1]). Im zweiten (Dresdener) Fall hatte der Arzt bei Vornahme einer kleineren Operation an einer Patientin bemerkt, daß diese noch an einer anderen Krankheit litt, die erfahrungsgemäß zum völligen Siechtum und zum Tode geführt hätte. Der Arzt entschloß sich, auch diese Operation während derselben Narkose auszuführen. Die Patientin verweigerte trotz anfänglicher Anerkennung und Dank später die Zahlung. Die Klage des Arztes wurde vom OLG. Dresden als Berufungsinstanz abgewiesen mit der Begründung, daß die Handlungsweise bei Vornahme der Operation ohne Zustimmung der Patientin, sich als eine absichtliche und widerrechtliche Körperverletzung darstelle. Das OLG. übergab die Akten der Staatsanwaltschaft, damit sie gegen den Arzt Anklage wegen Körperverletzung erhebe.

Beide Fälle sind Musterbeispiele des hier zu behandelnden Themas, das eine gewisse Begrenzung der Frage nach der Strafbarkeit ärztlicher Eingriffe darstellt. Diese Begrenzung des Stoffes ist aber nur eine scheinbare, denn in Wirklichkeit ist, wie wir sehen werden, nur der eigenmächtige ärztliche Eingriff problematisch. Der im Gegensatz zum eigenmächtigen ärztlichen Eingriff vorgenommene Eingriff mit Einwilligung des Patienten ist unbestritten straflos (abgesehen von den Fällen, wo die Einwilligung aus irgend welchen Gründen unwirksam ist und dadurch der Eingriff wieder zu einem eigen-

[1]) Vgl. Stooß, Chirg. Operation, im Anhang S. 108 ff.

mächtigen wird), andernfalls würden sich tagtäglich tausende von Aerzten strafbar machen, der ärztliche Beruf würde damit fast lahmgelegt. Allerdings darf uns die Art der Fragestellung des Themas nicht dazu verführen, das Problem lediglich unter dem Gesichtspunkte der Einwilligung zu behandeln. Das würde eine Unvollständigkeit der Behandlung bedeuten, die zu falschen Ergebnissen führen könnte. Es müssen deshalb in den folgenden Ausführungen auch alle übrigen Gesichtspunkte, die für die Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes von Bedeutung sind, behandelt werden.

Man kann die Fälle des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffes in drei Gruppen einteilen [2]):

1. Der Arzt weiß, daß eine gültige Einwilligung fehlt und er im Widerspruch zu dem Willen des Patienten (oder bei Kindern und Geisteskranken seines gesetzlichen Vertreters) handelt. Der extremste Fall ist der, daß der Arzt den Patienten überwältigt oder gegen seinen Willen bewußtlos macht und dann den Eingriff vornimmt. Oder der Arzt täuscht dem Patienten irgend einen Eingriff vor, macht den Patienten dadurch gefügig und nimmt während der Narkose eine andersartige, vom Patienten abgelehnte Operation vor. Oder der Patient hat an die Möglichkeit einer Operation gar nicht gedacht (er wird z. B. bewußtlos vorgefunden), und der Arzt nimmt eine Operation vor, die, wie er weiß, der Patient nicht gewollt haben würde (insbesondere gehört hierher der Fall des Selbstmordes).
2. Der Arzt handelt in dem Glauben, eine wirksame Einwilligung zu besitzen, während diese in Wirklichkeit fehlt. Er glaubt z. B., der Patient habe in den vorgenommenen Eingriff eingewilligt, während in Wahrheit die Einwilligung den vorgenommenen Eingriff nicht mehr umfaßte. Oder er nimmt irrtümlich an, der Patient wäre volljährig. Er hält die gegebene Einwilligung für diejenige des gesetzlichen Vertreters, während es sich in Wahrheit um eine andere Person handelt. In diesen Fällen ist entscheidend, ob der Arzt schuldhaft oder nicht schuldhaft die Einwilligung als vorhanden annahm.
3. Der Arzt weiß, daß die Einwilligung fehlt, er handelt aber in der Annahme, daß in den Eingriff eingewilligt sein würde, wenn Gelegenheit zur Einwilligung vorhanden gewesen wäre. Der Patient wird z. B. bewußtlos vorgefunden, oder die elterliche Einwilligung des minderjährigen Patienten kann wegen Abwesenheit der Eltern nicht eingeholt werden, eine Operation ist aber unumgänglich notwendig. Hier ist zu unterscheiden, ob die Annahme des Arztes berechtigt war oder nicht und ob der eventuell fehlerhafte Entschluß zum Eingriff schuldhaft oder entschuldbar gefaßt worden ist.

Aus den obigen Beispielen ist ersichtlich, von welcher hervorragenden Bedeutung die Frage nach der strafrechtlichen Beurtei-

[2]) Vgl. Zitelmann, D. Med. Wochenschrift, S. 2053.

lung des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffes ist. Es entspricht keineswegs der Bedeutung der Frage, wenn Lieske[3]) schreibt: „Den kargen Ruhm, die Operationsfreiheit, der Arztwelt in den Zenit kriminalistischen Interesses gerückt zu haben, darf sich die Neuzeit auf ihre Fahnen schreiben" und „. . . da sich nun einmal Aerzte in den Maschen einer spitzfindigen, scholastischen Judikatur verfangen haben . . .". Diese Anschauung verkennt den Ernst, mit der das Problem des ärztlichen Eingriffes von Wissenschaft und Praxis, insbesondere von denen, die sich um eine Reform des Deutschen Strafgesetzbuches bemühten, behandelt worden ist. Es handelt sich nicht darum, dem Arzt bei Ausübung seines Berufes Fallstricke zu legen, sondern darum, die Befugnisse des Arztes gegenüber dem Patienten, innerhalb der Grenzen des gegebenen Rechtes festzustellen[4]). Daß solche für den Arzt überhaupt nicht bestehen sollen, wird wohl niemand behaupten wollen. Sollten sich aus dem gegebenen Recht Unzuträglichkeiten ergeben, sei es, daß den Interessen der Aerzte oder denen der Patienten in irgend einer Hinsicht nicht genügend gedient sein sollte, so ist es das Amt der Gesetzgebung, etwaige Mängel abzustellen. Daß dieses Bedürfnis des gesetzlichen Eingreifens vorhanden ist, beweist die eingehende Behandlung der Frage der „eigenmächtigen Heilbehandlung" in den Gesetzesentwürfen zu einem Deutschen Reichsstrafgesetzbuch und in zahlreichen Gesetzesvorschlägen von seiten der Wissenschaft und der ärztlichen Standesvertretungen. Als Beweis für die Schwierigkeiten gesetzgeberischer Natur möge nur darauf hingewiesen werden, daß in fast jedem der bisherigen amtlichen Entwürfe zu einem Deutschen StGB. die Frage des eigenmächtigen ärztlichen Eingriffes mehr oder weniger verschiedenartig geregelt worden ist.

Ausgeschlossen in der folgenden Behandlung ist das Problem der Abtreibung. Wenn es auch insofern in den Rahmen der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung eingereiht werden kann, als der Sonderfall der eigenmächtigen Abtreibung, nämlich derjenigen gegen den Willen der Mutter, herausgegriffen wird, so würde dies doch eine Zerreißung des Gesamtproblems der Abtreibung bedeuten. Hier geschehen nicht Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit einer einzelnen Person, sondern in die der Mutter wie des Kindes. Die sich daraus ergebende Fragestellung ist eine von der des vorliegenden Themas so stark abweichende, daß sie im Rahmen dieser Abhandlung nur mangelhaft dargestellt werden könnte. Dagegen sollen die Fragen des ärztlichen Experimentes, der Transfusion und der Transplantation hier, wenn auch nicht wie in anderen Abhandlungen getrennt[5]), so doch laufend in den Ausführungen mitbehandelt werden.

In Frage für die Strafbarkeit des Arztes wegen eigenmächtiger ärztlicher Behandlung kommen nach geltendem Recht die §§ 223 ff. (Körperverletzung), § 239 (Freiheitsberaubung) und § 240 (Nötigung).

---

[3]) Die „Operationsfreiheit im Lichte . . .", S. 579.

[4]) Vgl. Köhler, Reformfragen des Strafrechts, S. 72.

[5]) Stooß a. a. O., S. 73 ff.; 77 ff.

Besondere auf den Heileingriff speziell passende Bestimmungen fehlen. Nach § 223 wird, „wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft". Nach § 223a tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Monaten ein, wenn die Körperverletzung mittels eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges begangen wird. „Hat die Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verliert, oder in erheblicher Weise dauernd entstellt wird, oder in Siechtum, Lähmung, Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Jahre zu erkennen". (§ 224).

Bei der Entscheidung der Frage, ob und wann die ärztliche Behandlung straflos sei, stehen sich zwei Grundanschauungen gegenüber. Die einen nehmen an, daß durch den ärztlichen Eingriff der Tatbestand der Körperverletzung überhaupt nicht erfüllt sei, so daß schon deshalb eine Strafbarkeit nicht in Frage komme. Rechtfertigungsgründe, die die Widerrechtlichkeit des Eingriffes ausschließen, brauchten deswegen nicht gesucht zu werden. Diese Ansicht umgeht damit die großen Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn man wie die Vertreter des gegenteiligen Standpunktes nach den Gründen des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit sucht. In den folgenden Ausführungen soll zunächst der erste Standpunkt behandelt werden.

§ 2.

Der ärztliche Eingriff keine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB.

Als verfehlt ist von vornherein diejenige Auffassung abzulehnen, die mehr aus ethischen als juristischen Ueberlegungen heraus zu dem Ergebnis kommt, daß der ärztliche Eingriff keine Körperverletzung vorstelle. Zur Illustration dieser Ansicht sollen die diesbezüglichen Ausführungen von v. Angerer[1]) angeführt werden: „Das eine müssen wir mit entschiedenem Nachdruck betonen, daß wir niemals unsere ärztlichen und operativen Eingriffe als Körperverletzungen und körperliche Mißhandlungen im Sinne des Strafgesetzbuches auffassen können", und er wehrt sich dagegen (S. 351), daß „der Arzt, der kunstgerecht mit einem Schnitt eine bösartige Geschwulst entfernt und dadurch den Menschen von Schmerzen und Siechtum befreit oder gar durch seine Operation dem Kranken das Leben rettet, mit dem Raufbold auf einer Stufe stehe". Diese Auffassung ist deswegen juristisch nicht haltbar, weil sie die Verletzung des Körpers als solche mit der „Körperverletzung" identifiziert. Es ist für die Strafbarkeit nicht ausreichend, daß lediglich der objektive Tatbestand erfüllt ist, wesentlich ist, daß auch die übrigen Verbrechens-

[1]) In der Münchn. med. Wochenschr. 1899 Nr. 11, S. 365, zit. bei Heimberger, „Strafrecht und Medizin", S. 51/52.

merkmale, nämlich Rechtswidrigkeit und Schuld, vorhanden sind. Erst das Vorliegen aller dieser Voraussetzungen hat die Strafbarkeit zur Folge [2]). Die Erfüllung lediglich des objektiven Tatbestandes ist weder strafrechtlich von Bedeutung noch muß sie moralisch verwerflich sein. Wenn schon die Erfüllung des objektiven Tatbestandes strafbar wäre, so wäre wohl jeder Mensch ein Verbrecher. Zutreffend schreibt deshalb Köhler [3]): „Der Jurist z. B. würde für seinen Stand die Konstruktion einer rechtmäßigen Verhaftung als einer erlaubten Freiheitsberaubung nicht als anstößig erachten". Ein ähnlicher Fehler ist es, Mißhandeln für ein gemißbilligtes, ein im Rechtssinne übles Behandeln, anzusehen. Im Rechtssinne übel ist aber das rechtswidrige Behandeln. Der Begriff „Mißhandlung" würde demnach die Rechtswidrigkeit mitumschließen. Für diese Auffassungen gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Der objektive Tatbestand ist von der Rechtswidrigkeit streng zu trennen [4]).

Ebenso abwegig ist auch die Ansicht von Dr. med. Thiersch [5]), der glaubt, daß nur die Tatsache, daß bei Eingriffen ohne Einwilligung andernfalls keine Handhabe gegenüber dem Arzt vorhanden sei, maßgebend wäre, daß man Körperverletzung annehme. Wenn vielleicht manche Aeußerungen derer, die den ärztlichen Eingriff als Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB. ansehen, Thiersch' Aeußerung veranlaßt haben mögen [6]), so ist seine Kritik doch zu weitgehend. Der so handelnde Richter würde gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege" verstoßen.

Eine andere Auffassung lehnt die Erfüllung des Begriffes der Körperverletzung durch den ärztlichen Eingriff deshalb ab, weil die Körperverletzung ein unangemessenes, übles, schlimmes Behandeln voraussetze [7]). Heimberger sagt (S. 39), es wäre natürlich unverständig, zu leugnen, daß der ärztliche Eingriff Mißhandlung sein könne. Wenn der Arzt dem Kranken Schmerzen bereite, ohne daß der Zustand desselben es erfordert, so behandle er ihn unangemessen, er mißhandle ihn. Behandle der Arzt den Kranken aber so, wie es im gegebenen Falle nach den Regeln der Heilkunde der Körper desselben erfordert, dann behandle er ihn angemessen, er mißhandle ihn nicht [8]). Diese Auffassung ist unrichtig. Zunächst ist zweifelhaft, wann eine Behandlung angemessen ist. Ist entscheidend für die Angemessenheit die allgemeine ärztliche Anschauung oder der

---

[2]) Vgl. hierzu Schmidt: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes", S. 19.

[3]) Deutsches Strafrecht, S. 393.

[4]) Vgl. dazu Beling „Die Lehre vom Verbrechen", S. 151.

[5]) Im ärztl. Vereinsblatt 1894, Nr. 285 (abgedr. bei Stoos S. 126 ff.).

[6]) Zum Beisp. die Ausführungen des ORA. zum Urteil des RG in Str. Bd. 25, S. 375 ff. (385).

[7]) Heimberger, „Strafrecht und Medizin", S. 38.

[8]) Aehnlich auch der RGR.-Kommentar zum StGB. (Ebermayer) § 223 N. 10. Vgl. auch Frank, Vorbemerkung zu § 223, S. 445.

Enderfolg des Eingriffes?[9]) — Die Angemessenheit des Eingriffes nach allgemeinen ärztlichen Erfahrungsgrundsätzen zu beurteilen ist nur dann notwendig, wenn es sich darum handelt, ob der Arzt diese Regel fahrlässigerweise nicht beachtet hat. Für die Frage, ob Körperverletzung oder nicht, spielt sie keine Rolle. Auch der Erfolg oder Mißerfolg kann für die Angemessenheit nicht entscheidend sein, dann wäre z. B. die zufällig mißglückte Operation eine unangemessene Behandlung und damit Körperverletzung. Diese Konsequenz geht selbst Heimberger zu weit. Er hilft sich, indem er sagt[10]): „Die Operation war vom Körperzustand erfordert, ihm angemessen. Dadurch, daß irgend ein Zufall eintritt, der einen Mißerfolg verursacht, wird die Operation selbst nicht zu einer unangemessenen, schlimmen Behandlung". Die ganze Lehre geht von einer falschen Voraussetzung aus. Die Körperverletzung ist kein sogenanntes Handlungs- sondern ein Erfolgsdelikt. Ausschlaggebend ist lediglich der Enderfolg dafür, ob der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt ist oder nicht. Eine unangemessene Behandlung braucht deshalb nicht unbedingt eine Körperverletzung hervorzurufen, ebenso wie umgekehrt aus einer angemessenen Behandlung eine Körperverletzung resultieren kann, so in allen Fällen, wo die Behandlung, wenn auch durch Zufall, im Endergebnis mißglückt. Wäre die Angemessenheit der Behandlung ausschlaggebend, so müßte man konsequent auch sagen, daß der Kranke, wenn trotz angemessener Behandlung der Tod eintritt, eigentlich nicht gestorben sei[11]) [12]). Allerdings wird der Gesichtspunkt der Angemessenheit der ärztlichen Behandlung de lege ferenda, wie unten gezeigt werden wird, eine Rolle spielen.

Heimberger versucht auch, die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes dadurch zu beweisen, daß er sagt, das geltende Reichsstrafgesetzbuch habe keinen Grund gehabt, den ärztlichen Eingriff strafbar zu machen, nachdem ihn die dem geltenden Recht vorausgehenden deutschen Partikularstrafgesetzbücher straflos gelassen hätten[13]). Ohne Beweiskraft ist sein Hinweis auf das Bayer. StGB. von 1813, das Oldenburgische von 1814, das Hannoversche von 1814, die das Kapitel von der Körperverletzung überschreiben „von Beschädigungen und anderen Mißhandlungen an der Person". Diese Ausdrücke unterscheiden sich nur unwesentlich von denen des § 223

---

[9]) Vgl. Köhler, a. a. O., S. 396/97, der den Standpunkt ablehnt, die Operation sei zulässig, soweit sie ein anerkanntes Mittel zu anerkanntem Zweck sei. „Es ist gerade bei Eingriffen zu Heilzwecken oft ganz unsicher, welches Mittel als anerkannt zu gelten hat. Das Mittel könnte ferner nach ärztlicher Lehre anerkannt, aber objektiv ganz verfehlt sein."

[10]) S. 43 a. a. O.

[11]) Spinner: „Aerztliches Recht", S. 194: „. . . wenn also trotz sachgemäßer Behandlung eine Heilung nicht eintritt, so ist der Erfolg doch keine Körperverletzung oder Tötung" (!).

[12]) Vgl. hierzu auch Beling in Z. Str. W. Bd. 44, S. 223 ff. (228); derselbe in „Die Lehre vom Verbrechen", S. 152.

[13]) Vgl. a. a. O., S. 29 ff.

StGB. Auch die Titel der sächsischen Strafgesetzbücher von 1838, 1855, 1868 und des Thüringischen von 1850, „von den Verbrechen wider die Gesundheit", das Oesterreichische von 1852, „von den Verbrechen der schweren Körperverletzung", dürften für Heimbergers Ansicht keineswegs beweiskräftig sein. Mehr noch glaubt er, die Richtigkeit seiner Anschauung aus dem Inhalt der entsprechenden Kapitel einer Reihe von Landesstrafgesetzbüchern zu folgern. Ein Teil der Gesetzbücher verlange mit bestimmten und klaren Worten eine üble Absicht, wenn eine vorsätzliche Körperverletzung angenommen werden solle. Bei anderen ergebe sich diese Forderung aus dem Zusammenhalt der Bestimmungen über die Körperverletzung mit jenen über den Vorsatz. Als zu den ersteren gehörig, zitiert er das Nassauische Strafgesetzbuch von 1849. Der Art. 225 bestimmt: „Wer rechtswidrig, in der Absicht zu mißhandeln, einen anderen an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt, soll folgendermaßen bestraft werden . . .". Aehnlich das österreichische StGB von 1852; § 152: „Wer gegen einen Menschen, zwar nicht in der Absicht, ihn zu töten, aber doch in anderer feindseliger Absicht auf eine solche Art handelt, daß daraus eine Gesundheitsstörung oder Berufsunfähigkeit . . . folgt". Heimberger verkennt aber nicht [14]), daß in den zitierten Strafgesetzbüchern der ärztliche Eingriff deshalb straflos blieb, weil der subjektive Tatbestand fehlt. Da aber dessen Formulierung im heutigen StGB. abweichend ist, sind Folgerungen nicht zulässig. De lege ferenda wäre vielleicht zu erwägen, ob durch eine entsprechende Regelung etwa vorhandenen Unzuträglichkeiten des geltenden Rechts abzuhelfen sei (vgl. darüber unten). § 187 des alten preußischen Strafgesetzbuches von 1851, auf dem der § 223 des geltenden StGB. beruht, ist eher gegen als für Heimbergers Standpunkt anzuführen. Er lautete: „Wer vorsätzlich einen anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt". Dazu sagt das RG. [15]) (das jeden ärztlichen Eingriff als „Mißhandlung" im Sinne des § 223 ansieht): „Als man statt der mehr kasuistischen Fassung des § 187 des Preuß. Strafgesetzbuches die jetzige Formulierung des § 223 StGB. wählte, wollte man mit dem Ausdruck „körperlich mißhandeln" im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen". Ebenfalls entstehungsgeschichtliche Bedenken, welche gegen die Auffassung, daß der ärztliche Eingriff keine Körperverletzung sei, sprechen, führt Köhler an [16]): „Liegt wirklich nach der ratio des StGB. nur Willensmißachtung vor, so ist in den ersten Jahren nach 1870 bei tödlichem Ausgang einer an sich indizierten und kunstgerechten Operation (der zwangsweise Operierte wachte etwa nicht wieder auf) die volle Straflosigkeit des die Operation erzwingenden Arztes der Wille des Gesetzes gewesen. Denn die Nötigung war bis 1876 Antragsdelikt".

---

[14]) a. a. O., S. 35.

[15]) RGSt. Bd. 25, S. 377.

[16]) Lehrbuch, S. 393.

Abzulehnen ist auch eine vokabularische Begründung aus dem Worte „mißhandeln", das im Gegensatz zu „behandeln" stehe [17]). Zunächst ist diese Art der Begründung, insbesondere wenn sie sich auf den sogenannten Sprachgebrauch stützt, sehr vorsichtig zu nehmen, besonders dann, wenn, wie in unserem Fall, der Gesetzgeber bei der Wahl des Ausdrucks nicht an die Nebenwirkungen gedacht hat [18]). Wie, wenn der Gesetzgeber gesagt hätte: „Quiconque aura fait des blessures . . ." — „wer Wunden zufügt . . .?" (Vgl. Code pénal, Art. 309). Diese Formulierung trifft doch zweifellos auf die chirurgische Behandlung zu. Außerdem taucht bei dieser Art der Begründung die oben bereits behandelte Frage auf, ob für „mißhandeln" wesentlich ist das „unangemessene" Behandeln, dann würde man auf die Handlung selbst abstellen. Oder wenn man den Erfolg als wesentlich ansieht, würde je nachdem, ob der ärztliche Eingriff glückt oder nicht glückt, eine Körperverletzung anzunehmen sein oder nicht. Dieser letztere Standpunkt wird auch vertreten insbesondere von Beling [19]), ebenso Frank [20]) und van Calker [21]). Belings Ansicht, zusammengefaßt, lautet (vgl. S. 225/26): „Eine Handlung, die an sich eine Körperverletzung wäre, ist dies nicht, wenn diese von einer durch jene Handlung herbeigeführten Wohlseinsförderung bzw. überwiegenden Wohlseinsförderung oder Lebensrettung eingerahmt ist." Beling nimmt damit sozusagen eine Güterabwägung innerhalb des Begriffes der Körperverletzung vor, indem er das Ergebnis dieser Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva als den Begriff der Körperverletzung erfüllend oder nicht erfüllend ansieht. Er geht ähnlich vor wie die weiter unten behandelte Theorie, die das überwiegende Interesse als Unrechtsausschließungsgrund der ärztlichen Eingriffe ansieht. Der Unterschied zwischen Belings und letzterer Auffassung ist der, daß er den Ausgleich der Interessen innerhalb des objektiven Tatbestandes vornimmt, während die Theorie des „überwiegenden Interesses" den objektiven Tatbestand der Körperverletzung als erfüllt ansieht und die Widerrechtlichkeit ausschließt aus einem Grunde, wie er ähnlich in den §§ 53 und 54 StGB. (Notwehr und Notstand) kodifiziert ist. Auf die Frage, ob eine überwiegende Wohlseinsförderung vorhanden ist, wird aber Beling nicht immer eine Antwort geben können. Abgesehen von den ärztlichen Eingriffen, wo man von einer Heilung uneingeschränkt reden darf, gibt es eine große Anzahl von solchen, die schädliche Nebenerscheinungen nach sich ziehen, die so groß sind, daß man zweifeln kann, ob hier eine „überwiegende Wohlseinsförderung" vorhanden ist oder nicht. Selbst wenn man die Entscheidung als möglich ansieht, ist es unhaltbar, ausgehend lediglich vom Mißerfolg oder Erfolg, hervorgerufen durch irgend welche Eventualitäten, den betreffenden ärztlichen Eingriff

---

[17]) Vgl. insbesondere Stooß, a. a. O., S. 21 ff.

[18]) Löffler, in der „Vergleichenden Darstellung", bes. Teil, Bd. 5, S. 244.

[19]) In ZStr. W. Bd. 44, S. 221 ff.; derselbe in „Die Lehre vom Verbrechen", S. 154.

[20]) Kommentar, Vorbemerkung zu § 223 (S. 445).

[21]) Strafrecht, S. 37.

für eine Körperverletzung zu erklären oder nicht [22]). Einen Ausweg sucht Beling bei mißglückten Operationen darin, daß er sagt, der Vorsatz fehle, wenn der Arzt den Mißerfolg nicht voraussah [23]). Auch diese Auffassung halte ich für unrichtig [24]). Als Gegenbeweis diene folgendes Beispiel. Ein Arzt infizierte einem Patienten, der an Paralyse als Folge von Syphilis erkrankt war, Malaria. Die Behandlung war erfolglos. Es liegt in diesem Falle auch nach der Auffassung von Beling eine Körperverletzung vor. Diese liegt in der Infektion und Erkrankung an Malaria. Daß diese Infektion vorsätzlich geschah, ist m. E. zweifellos, gleichgültig ob man auf dem Boden der Vorstellungs- oder Willenstheorie steht. Recht hätte Beling nur in solchen Fällen (vorausgesetzt, daß man auf dem oben schon abgelehnten Standpunkt steht, nur der mißglückte Eingriff stelle eine Körperverletzung vor), wo irgend ein zufälliges Ereignis, z. B. eine Infektion, einen Mißerfolg verursacht hat. In diesem Falle fehlt der Vorsatz, da dem Arzt das Bewußtsein dieser Kausalität fehlte. Allerdings liegt nach dem hier vertretenen und unten näher zu begründenden Standpunkt schon in dem ersten ärztlichen Eingriff, ohne Rücksicht auf Erfolg oder Mißerfolg, eine Körperverletzung, so daß hier auch ein Fehlen des Vorsatzes ausgeschlossen ist.

Die Anschauung, daß der Körperverletzungsvorsatz fehle, wird in verschiedener Formulierung häufig vertreten. Spinner [25]: „Der ärztliche Wille geht auf Heilung, Milderung und Minderung körperlicher Leiden und erfüllt somit das Merkmal des Vorsatzes nicht [26]". Diese Auffassung verwechselt Vorsatz und Absicht. Das Motiv des ärztlichen Handelns ist Heilung, dieses Motiv hat aber nichts mit dem Vorsatz zu tun, es hindert nicht, daß trotzdem der Arzt vorsätzlich eine Körperverletzung im Sinne des StGB. ausübt, wenn er einen operativen Eingriff vornimmt [27]). Dieses Motiv wäre nur dann beachtlich, wenn, wie z. B. der bereits oben zitierte Paragraph des geltenden österreichischen Strafgesetzbuches, das Gesetz zur Erfüllung des Tatbestandes der Körperverletzung eine „feindselige Absicht" verlangt. Dies ist aber in § 223 StGB. nicht der Fall, er verlangt lediglich Vorsatz. Dieser fehlt nach § 59 nur dann, wenn sich der Täter über das Vorliegen von Tatumständen geirrt hat. — Etwas wesentlich

---

[22]) Ebenso RG. 25, S. 379.

[23]) ZStr. W. Bd. 44, S. 240; desgl. in ZStr. W. Bd. 18, S. 286 ff. Vgl. auch Heimberger, a. a. O., S 50; Schnitzler: „Der ärztliche Eingriff . . . ." Diss. Leipzig, S. 30/31.

[24]) Ebenso v. Lilienthal, „Die pflichtmäßige ärztliche Handlung", S. 20; Ahrens, „Geschäftsführung ohne Auftrag", S. 55.

[25]) „Aerztliches Recht", S. 191.

[26]) Ebenso Stooß a. a. O., S. 10; Gerland, Deutsches Strafrecht, S. 121; Frank, Vorbemerkung zu § 223, S. 445; vgl. auch RGSt. Bd. 25, S. 227 (IV. Strafsenat) im Gegensatz zu dem bereits oben zitierten Urteil des III. Strafsenats, Bd. 25, S. 375. Das erstgenannte Urteil zit. m. E. unrichtigerweise das Urt. des I. Strafsenats Bd. 24, S. 369.

[27]) So auch v. Lilienthal, a. a. O., S. 9 ff.

anderes bedeutet die Ansicht von Kahl [28]). Er sagt, dem Arzt fehle der „Vorsatz des Strafrechts, nämlich schuldhafte Willensrichtung mit pflichtwidrigem Inhalt, mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit". In diesem Fall handelt es sich nicht um einen Tatirrtum, sondern um einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit der verübten Handlung selbst. Die Meinungen, welche Bedeutung für die Strafbarkeit dieser Irrtum hat, gehen weit auseinander. Ohne hier näher auf die ganze Streitfrage einzugehen, soll nur erwähnt werden, daß das RG. grundsätzlich den Irrtum über die Rechtswidrigkeit einer Handlung für unwesentlich hält.

Nachdem in den vorhergehenden Ausführungen versucht worden ist, diejenigen Meinungen zu widerlegen, die auf dem Standpunkt stehen, der ärztliche Eingriff sei keine Körperverletzung und deswegen straflos, soll im folgenden der eigene Standpunkt dargelegt werden. Im Anschluß an das bereits oben zitierte Urteil des RG., Bd. 25 S. 377 [29]), halte ich jede Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, insbesondere erhebliche Eingriffe, wie z. B. Verlust einzelner Gliedmaßen, für eine Mißhandlung im Sinne des § 223 StGB. Der Zweck der Handlung ist dabei völlig unbeachtlich, auch wenn eine Heilung eintritt. Ebenso müßte man annehmen, daß derjenige, der bei Ausbruch eines Feuers bei der Scheune seines Nachbars das Strohdach abreißt und damit dem Feuer die Nahrung entzieht, keine Sachbeschädigung verübt hat. Daß diese Sachbeschädigung trotzdem nicht strafbar ist, ändert nichts an ihrem objektiven Vorliegen [30]). Daß durch die Amputation eines Beines die Integrität des Körpers verletzt wird, ist zweifellos. Tritt der gewünschte Enderfolg der Heilung ein, so ändert das nichts an dem Charakter dieser Zwischenhandlung. Es ist nicht angängig, den vor dem Heilerfolg liegenden notwendigen ärztlichen Eingriff als unbeachtlichen „Zwischenerfolg" gegenüber dem gewollten Enderfolg, der Heilung, anzusehen [31]). Das ist eine in der Jurisprudenz unzulässige Behandlung des Tatbestandes. Ist demgemäß der Tatbestand der „Mißhandlung" erfüllt, so braucht der der „Gesundheitsbeschädigung" nicht vorzuliegen, da beide Möglichkeiten in § 223 alternativ neben-

---

[28]) In ZStr. W. Bd. 29, S. 368.

[29]) Ebenso RGSt. Bd. 38, S. 34 ff.

[30]) Beispiel bei Köhler, Deutsches Strafrecht, S. 393: „Wer eine Uhr dem Eigentümer eigenmächtig auseinandernimmt, um sie zu putzen und gereinigt wieder zusammenzusetzen, hat eine Sachbeschädigung bei beachtlichem Gegeninteresse schon dann begangen, wenn ihm die Zusammensetzung nachher ganz zufällig nicht glückt. Die einmal vorliegende Sachbeschädigung wird aber nicht nachträglich ungeschehen, wenn man auch rein technisch mit Recht sagen kann, die gereinigte Uhr sei keine beschädigte mehr, sondern jetzt eine verbesserte Uhr geworden. Für das bereits vorher vollendete Delikt wird dadurch kein Rücktritt erzielt".

[31]) Heimberger a. a. O., S. 44/45; ähnlich Schnitzler, „Der ärztl. Eingriff . . .", Diss. Leipzig, S. 12 ff., der von der Einheitlichkeit des Organismus ausgehend auf dem Standpunkt steht, der ärztliche Eingriff sei keine Körperverletzung.

einander stehen. Der Tatbestand der Gesundheitsbeschädigung ist bei dem ärztlichen Eingriff nicht vorhanden [32]). — Dem Begriff der Mißhandlung steht es nicht entgegen, daß der Patient bewußtlos ist, da es nicht auf die Erregung des Schmerzgefühls ankommt, sondern die objektive Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit genügt [33]). Als Vertreter der hier abgelehnten Auffassung sollen außer den bereits zitierten noch angeführt werden: Arieff [34]), Kahl [35]), Kitzinger [36]), M. E. Mayer [37]), Stooß [38]), Bühring [39]), Wachenfeld [40]).

Beim Experiment, der Transfusion und der Transplantation, ist auch die hier bekämpfte Auffassung gezwungen, von ihrem Standpunkt abzuweichen und anzuerkennen, daß in diesen Fällen der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt ist [41]).

Heimberger muß als Ausschlußgrund der Strafbarkeit hier die Einwilligung anerkennen. Stooß meint hinsichtlich der Transfusion und Transplantation [42]), der Verletzte verzichte hier auf sein Antragsrecht. Dieses besitzt er aber nur bei leichter Körperverletzung. — Das Experiment hält Stooß auch mit Einwilligung des Verletzten für strafbar. Völlig unhaltbar ist auch hier die Auffassung von Spinner [43]). Er meint, der Vorsatz wäre „unter Umständen" wegzudenken, wenn die Absicht des Arztes nicht auf den Erfolg der Körperverletzung als Selbstzweck, sondern bloß auf ein Mittel zur Erreichung eines an sich sittlichen Zweckes, des Heilzweckes, allerdings bei einem Dritten, gehe. — Die hier auftretenden Schwierigkeiten, die sich für Stooß, Heimberger usw. ergeben, lassen sich bei der hier vertretenen Auffassung ohne große Schwierigkeiten lösen (vgl. darüber unten).

Diejenigen, die den Tatbestand der Körperverletzung ablehnen, nehmen dann zumeist den Tatbestand der Nötigung bzw. der Frei-

---

[32]) So auch der ORA. zum Urteil RG. Bd. 25, S. 385 ff.

[33]) Vgl. ebenda.

[34]) „Die ärztliche Tätigkeit und das Strafrecht", Diss. Bern.

[35]) In ZStr. W. Bd. 29, S. 362 ff. (S. 369).

[36]) Im Ger.-Saal Bd. 55, S. 87/88.

[37]) „Der Allgemeine Teil des Strafrechts", S. 294.

[38]) a. a. O., S. 8.

[39]) „Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung . . .", Diss. Göttingen.

[40]) Lehrbuch, S. 380.

[41]) Spinner a. a. O., S. 243, Stooß a. a. O., S. 74, 89, 90, 91; Heimberger, a. a. O., S. 63.

[42]) Die Bluttransfusion ist heute durch Einspritzung von Kochsalzlösung bedeutungslos geworden. Hinsichtlich des Experiments ist bei der vorliegenden Erörterung dasjenige ausgeschlossen, das an einer kranken Person zu Heilzwecken vorgenommen wird. Gemeint ist hier nur das zu allgemeinwissenschaftlichen Zwecken vorgenommene ohne Heilzweck bei der betreffenden Person. Bei dem Experiment zu Heilzwecken ist entscheidend, ob die vorgenommene Behandlung wissenschaftlich schon so weit erprobt war, daß sie von einem Arzte angewandt werden durfte.

[43]) a. a. O., S. 243.

heitsberaubung als erfüllt an [44]). Aber gerade in den praktischsten Fällen, wo, wie bereits oben bemerkt wurde, das Problem erst beginnt, versagen diese beiden Tatbestände. Straflos müßte dann z. B. der Fall bleiben, wo der Arzt bei einem rechtmäßig narkotisierten Kranken eine Operation vornimmt, von der er weiß, daß sie von diesem nicht gewollt ist. Freiheitsberaubung wird überhaupt nur in den seltensten Fällen anzunehmen sein. De lege ferenda ist aber der Gedanke, daß durch den eigenmächtigen ärztlichen Eingriff nicht die körperliche Unversehrtheit, sondern die Willensfreiheit verletzt wird, wie unten gezeigt werden wird, sehr wohl verwendbar.

Als Beispiel der ausländischen Gesetzgebung sei das niederländische Recht angeführt [45]). Das Grunddelikt ist gegeben durch „mishandeling"; der Mißhandlung ist gleichgestellt die „Benachteiligung der Gesundheit" (Art. 300). Ursprünglich hieß es im I. Entwurf, Art. 324: „Hig die . . . . ligchamlijk leed toebringt", „wer körperliches Leid zufügt"; die Kommission der 2. Kammer fand nun, daß unter diesen Worten auch die chirurgische Operation zu verstehen sei; sie schlug daher das Wort „mishandeling" vor, welches diese Anwendung ausschließe. (Dieser Sprachgebrauch entspricht also der hier abgelehnten Auffassung). Im französischen Recht dagegen (vgl. oben) gestattet die Formulierung (Code pénal, Art. 311) „blessures et coups", „Wunden und Schläge", den Gerichten weiteste Ausdehnung des Tatbestandes: ein chirurgischer Eingriff gilt als blessure [46]). Allerdings stehen die französische und belgische Praxis auf dem oben abgelehnten Standpunkt, der Vorsatz der Körperverletzung erfordere eine Schädigungsabsicht des Täters. Nypels, Le Code Pénal Belge, Bruxelles 1878, II, 320 [47]): „Un chirurgien fait une amputation reconnue nécaissaire pour prévenir la mort du patient. Cette blessure, il la fait volontairement, mais il n'y est déterminé par aucune intention de nuire ou de faire le mal".

§ 3.

Der ärztliche Beruf als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit.

Ein Teil derjenigen, die den objektiven Tatbestand der Körperverletzung als erfüllt annehmen, sehen den Rechtfertigungsgrund in dem ärztlichen Beruf. Diese Lehre, begründet von Hugo Meyer [1]), hat eine große Zahl von Anhängern gefunden, wie Geyer [2]), Berner [3]), Merkel [4]), Gg. Jellinek [5]), Lilienthal [6]),

---

[44]) Zum Beispiel Heimberger a. a. O., S. 56/59.
[45]) Zitiert bei Löffler a. a. O., S. 233.
[46]) Derselbe S. 229.
[47]) Zit. bei Stooß. D. J. Z. 1899. S. 185.
[1]) Lehrbuch des Strafrechts, S. 271.
[2]) Im Grundriß zu Vorlesungen, Bd. 1, S. 79.
[3]) Lehrbuch des Strafrechts, S. 97.
[4]) Die Lehre von Verbrechen und Strafe, S. 179.
[5]) System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 234.
[6]) a. a. O., S. 45.

Hamm[7]), Kahl[8]), Altmann-Jacob[9]), Gierke[10]), Olshausen[11]), ebenso früher Binding[12]) und v. Liszt[73]). Interessant ist die heutige Stellungnahme von v. Liszt: „Sie (die Berufsrechtstheorie) ist früher auch von mir ungeschickt formuliert worden — wir sprachen da von dem Berufsrecht des Arztes und sagten: wie der Beamte durch seine Beamtenpflicht gedeckt ist, so ist auch der Arzt gedeckt durch die Ausübung seines Berufsrechts. Ich gebe zu, das ist eine ungeschickte, mißverständliche Formulierung".

Die Vertreter der Berufsrechtstheorie begründen diese zusammengefaßt etwa folgendermaßen: Der ärztliche Beruf ist vom Staate erlaubt. Dieser unterstützt ihn durch Errichtung und Unterhaltung von Universitäten, Instituten, Krankenhäusern usw. Der ärztliche Beruf ist ebenso wenig wie z. B. der des Lehrers (Züchtigungsrecht) und des Henkers ein solcher, der dem Wohl der Gesamtheit förderlich ist. Was der Staat mit der einen Hand gibt, kann er aber nicht mit der anderen nehmen, indem er die Ausübung des ärztlichen Berufes, soweit es sich um Eingriffe handelt, als Körperverletzung straft. Die Ausübung des ärztlichen Berufs ist also rechtmäßig und deswegen straflos.

Hierbei fragt es sich zunächst schon, wer gehört zum ärztlichen Beruf. Wenn in den obigen Ausführungen von ärztlichen Eingriffen gesprochen wurde, so war damit jeder Heileingriff gemeint, soweit er den Tatbestand der Körperverletzung zu erfüllen geeignet war. Unberücksichtigt blieb, von wem der Heileingriff vorgenommen wurde, von approbierten Aerzten oder von Laien. Wenn wir das Problem scheinbar auf den ärztlichen Eingriff beschränken, so deshalb, weil es hier im wesentlichen praktisch wird. Wenn nun die Berufsrechtstheorie ausgeht vom ärztlichen „Beruf", so zieht sie damit eine Schranke gegenüber den Laien. Wie steht es aber mit dem ärztlichen Beruf in Deutschland? Die Gewerbeordnung hat ihn zur Ausübung freigegeben, jedermann kann die Heilkunde ausüben. Diese Freiheit der Berufsausübung wird nicht dadurch eingeschränkt, daß zur Führung des Titels „Arzt" eine Approbation notwendig ist (§ 29 GO.). Wenn die Berufsrechtstheorie sagt, die Eingriffe des approbierten Arztes sind straflos (abgesehen von den Fällen der Fahrlässigkeit), so errichtet sie hiermit eine willkürliche Schranke, die die Gewerbefreiheit in wesentlichem Umfange wieder einschränken

---

[7]) In D. J. Z. 1907. S. 449.

[8]) In ZStr. W. Bd. 29. S. 370 (obwohl er bereits annimmt, der ärztliche Eingriff sei keine Körperverletzung; vgl. oben).

[9]) Kommentar zum österr. Strafgesetzbuch S. 385 (vgl. aber die Fassung des österr. Paragraphen über Körperverletzung hinsichtlich des Vorsatzes; darüber bereits oben).

[10]) Deutsches Privatrecht, Bd. 3, S. 883 Anm. 11.

[11]) Kom. zum StGB. Bd. 2, zu § 223 N. 9.

[12]) Lehrbuch Bd. 1 § 15, S. 56 und im Grundriß (1897) Bd. 1 § 78, S. 143, anders im Grundriß (7. Aufl. 1907), S. 198, II.

[13]) Lehrbuch, 2. Aufl., § 33, anders 16./17. Aufl., S. 154, und 23. Aufl., S. 155, und in der „Zeitschrift für ärztl. Fortbildung", 1904, S. 225.

würde, denn jeder Eingriff eines nichtapprobierten Arztes wäre strafbar, da ihm ein Rechtfertigungsgrund nicht zur Seite stünde. Das würde dazu führen, daß z. B. die Mutter, die ihrem Kinde eine Blase aufsticht, strafbar wäre, ein Fall, wie er in ähnlicher Art Tag für Tag zu tausenden vorkommt. Der ausländische Chirurg würde, wenn er noch so tüchtig wäre, wegen Fehlens der deutschen Approbation bestraft werden, wenn er in Deutschland eine Operation vornimmt. Andererseits wäre ein Spezialist, nur weil er die Approbation besitzt, berechtigt, auf dem Gebiete eines anderen Spezialfachs Eingriffe vorzunehmen, zu denen er kraft seiner Ausbildung gar nicht befähigt ist und vielleicht weniger Erfahrung besitzt als ein Laienarzt, der sich hierin spezialisiert hat. Auf diese Weise eine Grenze zwischen approbierten und Laien-Aerzten zu errichten, wäre ganz verfehlt. Einmal würde dadurch, wie gesagt, willkürlich die Gewerbefreiheit aufgehoben, andererseits ist schon dadurch ein gewisser Schutz vorhanden, daß bei Fahrlässigkeit die entsprechenden Bestimmungen des StGB. Platz greifen. — Im übrigen läßt die Berufsrechtstheorie jede Rücksichtnahme auf die Willensfreiheit des einzelnen Patienten vermissen. Denn da einmal gesagt ist, der ärztliche Beruf schließe die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung aus, so wäre jeder Arzt berechtigt, jeden Patienten ohne Rücksicht auf dessen etwa entgegen stehenden Willen zu behandeln. Da der Arzt rechtmäßig handelt, wäre jeder Widerstand des Kranken strafbar, da er nicht in Notwehr handelt. Auch wegen Nötigung könnte der Arzt nicht bestraft werden; denn es wäre willkürlich, anzunehmen, der ärztliche Beruf rechtfertige lediglich die Körperverletzung, nicht aber jede sonstige persönliche Beschränkung des Kranken, insbesondere dann, wenn, wie z. B. bei Gemütserkrankungen, die ärztliche Behandlung keine chirurgische, sondern eine solche mehr oder weniger großer persönlicher Beeinflussung ist, die bis zu Zwangsmaßnahmen gegenüber dem Kranken gehen kann. Stehen aber Anhänger der Berufsrechtstheorie auf dem Standpunkt, daß die Rechte des Arztes unter allen Umständen ihre Schranke in dem entgegengesetzten Willen des verfügungsfähigen Kranken finden sollen, so geben sie damit zu, daß in Wirklichkeit nicht der Beruf, sondern der Wille des Kranken den ärztlichen Eingriff rechtfertigt und damit straflos macht [14]). Man kann auch die Frage aufwerfen, ob ein derartiges Berufsrecht einseitig auf Aerzte beschränkt sein soll. Die logische Folge wäre doch, daß dem um das Wohl der Seele besorgten Geistlichen notwendige Eingriffe in die Freiheit dritter Personen zustehen müßten [15]). — Die Einrichtung von Kliniken usw. ist eine Verwaltungsangelegenheit, keine gesetzgeberische, daraus Schlüsse auf die Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe zu ziehen, ist deshalb unzulässig [16]). — Im übrigen ist, wie schon mehrfach hervorgehoben wurde, problematisch nur der eigenmächtige ärztliche Eingriff. Wenn der Staat aber die ärztliche Tätigkeit unterstützt, so ist damit noch

---

[14]) und [15]) So auch RG. Bd. 25, S. 379.

[16]) Richard Schmidt: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes . . . .", S. 39/40.

nicht gesagt, daß er sie in so weitem Maße gestattet, daß auch die Willensfreiheit des Einzelnen zurückzutreten hat.

Als Abschluß meines Versuches, die Berufsrechtstheorie zu widerlegen, zitiere ich Molière [17]), der dem Arzt durch die Promotion die Befugnis erteilt: „medicandi, purgandi, seignandi, percandi, taillandi, coupandi, et occidendi impune per totam terram".

Auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung stehen Richard Schmidt [18]), Schwartz [19]), Stooß [20]), Löffler [21]), Heimberger [22]), Oppenheim [23]), Gerland [24]) und das Reichsgericht [25]).

Von der ausländischen Gesetzgebung enthält das japanische Strafgesetzbuch von 1907 im § 35 eine Bezugnahme auf ein Berufsrecht in der Formulierung [26]): „Eine Handlung, die auf Grund eines Gesetzes oder einer Verordnung oder auf Grund eines berechtigten Berufes vorgenommen wird, wird nicht bestraft".

Heimberger nimmt an, daß die Japaner vermutlich durch die Erörterungen, welche sich in den deutschen Lehrbüchern des Strafrechts über das „Berufsrecht" finden, zur Aufstellung eines solchen in ihrem StGB. gekommen sind.

§ 4.

Der Zweck als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit.

Diese Theorie ähnelt in vieler Beziehung der oben behandelten Berufsrechtstheorie. Während jene die Rechtfertigung der ärztlichen Eingriffe im Berufe sucht, wird hier die Rechtmäßigkeit mit dem ärztlichen Zweck begründet. Teilweise werden, was besonders kennzeichnend ist für die enge Verbindung beider Theorien, dieselben Argumente zur Begründung benutzt [1]). Wie bereits oben erwähnt worden ist, stehen v. Liszt [2]) und Binding [3]) heute auf dem Boden der Zwecktheorie, während sie früher die Berufsrechtstheorie

---

[17]) Malade imaginaire, troisièmen intermède.

[18]) a. a. O., S. 39/40.

[19]) Kommentar zum StGB., § 223, S. 495.

[20]) a. a. O., S. 93/94.

[21]) a. a. O., S. 244.

[22]) a. a. O., S. 6 ff. und in "Vgl. Darstellung" Allg. Teil, Bd. 4, S. 19 ff

[23]) „Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen . . .", S. 15.

[24]) Gerland, a. a. O., S. 120.

[25]) Str. Bd. 25, S. 379 und die Ausführungen des ORA. S. 387.

[26]) Zit. bei Heimberger in Vergl. Darst. Allg. T. Bd. 4. S 23.

[1]) Allfeld, Lehrbuch des deutsch. Strafrechts, § 27 S. 144: „Der Grund der Rechtmäßigkeit solcher Eingriffe liegt darin, daß der Staat selbst sich die Förderung der auf die Erhaltung des leiblichen Wohls seiner Angehörigen gerichteten Tätigkeit zur Aufgabe macht und damit dem Heilzweck und den zu seiner Verfolgung dienlichen Mitteln die Anerkennung verleiht".

[2]) Lehrbuch, S. 154/55.

[3]) Lehrbuch, § 15, S. 55/56.

vertraten. Graf zu Dohna [4]) sagt zusammengefaßt etwa folgendes: „Der Zweck ist das strafausschließende Moment, nicht der subjektive, sondern der objektive, der „reale Zweck“ in seinem Gegensatz zum „psychischen Zweck“ [5]). Damit soll eine Grenze gezogen werden gegenüber denen, die die rein subjektive Zweckrichtung, die Absicht, als Grund der Straflosigkeit heranziehen. Daß letztere Auffassung unhaltbar ist, habe ich bereits oben ausführlich zu beweisen versucht. Aber auch die objektive Zwecktheorie vermag sich nicht von subjektiven Elementen freizuhalten [6]). Das ist aber, wie teilweise behauptet wird, nicht der ausschlaggebende Grund, um diese Theorie abzulehnen. Das subjektive Moment kann bei den Unrechtsausschließungsgründen niemals ganz unberücksichtigt bleiben, z. B. kann sich derjenige nicht auf Notwehr berufen, der, obwohl die objektiven Voraussetzungen der Notwehr alle vorgelegen haben, die Notwehrhandlung fahrlässig begeht. (Der Förster läßt im Notwehrzustand gegenüber einem Wilderer das Gewehr fahrlässig losgehen). Es wird also auch bei ärztlichen Eingriffen der objektive Zweck zur Rechtfertigung allein nicht genügen können, wenn nicht auch auf seiten des Eingreifenden der Wille auf den Heilzweck gerichtet ist. — Trotz dieses, wie gezeigt, nicht unbedingt stichhaltigen Einwandes gegen die Zwecktheorie ergeben sich andere Gründe für ihre Unhaltbarkeit. Obwohl der Zweck im Recht grundlegend ist für dessen Gestaltung, ist er doch nicht zu dessen Inhalt geworden, sondern bleibt das Motiv, die ratio legis. Ein Gesetz ohne Zweck gibt es nicht, auch wenn dieser Zweck scheinbar nicht offensichtlich zutage tritt. Andererseits darf man aber nicht Zweck und Gesetz gleichsetzen, das wäre juristisch durchaus unzulässig. Es würde zu dem Ergebnis führen, daß bei Subsumtion der Tatumstände nicht der gesetzliche Tatbestand herangezogen, sondern lediglich die Prüfung der Frage angetreten würde, ob durch Anwendung oder Nichtanwendung des in Frage kommenden Gesetzes dessen Zweck und gesetzgeberische Motive im zu beurteilenden Falle zur Geltung kommen. Nichtsdestoweniger kann bei Auslegungsschwierigkeiten als Auslegungshilfsmittel der Zweck des Gesetzes herangezogen werden, im Strafrecht allerdings mit großer Vorsicht. Bei Prüfung der Frage, ob der Heileingriff eine Körperverletzung im Sinne des § 223 sei, ist also lediglich zu prüfen, ob der Tatbestand des Gesetzes erfüllt ist. Das ist, wie oben gezeigt wurde, der Fall. Daß der Zweck des § 223 auf Erhaltung der Körperintegrität geht, ebenso wie der ärztliche Eingriff selbst, ist bei dieser Subsumtion unbeachtlich.

Auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung stehen u. a. Heimberger [7]), Oppenheim [8]), das Reichsgericht [9]), Laband [10])und Ger-

---

[4]) „Die Rechtswidrigkeit“, S. 95 ff. (99).

[5]) Aehnlich auch v. Lilienthal in ZStr. W. Bd. 20, S. 440 ff.

[6]) Vgl. Graf zu Dohna a. a. O., und v. Lilienthal, „Die pflichtmäßige ärztliche Handlung . . .“, S. 37.

[7]) a. a. O., S. 20, 23, 25; ebenso in Vergl. Darst. Allg. Teil, Bd. 4, S. 00.

[8]) a. a. O., S. 13.

[9]) Bd. 25, S. 378/79.

land [11]). Labands Ausführungen zitiere ich wegen ihrer ausgezeichneten Formulierung: „Da kein Rechtsinstitut auf die Dauer sich halten kann, welches einem als berechtigt anerkannten (vernünftigen) Lebenszweck dient, so liegt die Versuchung nahe, den Zweck in den Rechtsbegriff selbst zu verlegen und die schwierige und strenge Untersuchung der logischen Elemente, aus denen sich der Begriff eines Rechtsinstituts komponiert, mit einer Spekulation über seinen Nutzen oder seine Notwendigkeit zu vertauschen. Diese Methode ist m. E. ein Abweg. Der Zweck, welchem ein Rechtsinstitut dient, liegt jenseits seines Begriffs. Die Zwecke, welche durch Eigentum, Servitut, Kauf, Wechsel oder durch Eidhelfer, Tortur, Schwurgericht, Appellation usw. erreicht werden sollen oder tatsächlich realisiert werden, sind zwar von bestimmendem Einfluß auf die juristische Gestaltung dieser Rechtsinstitute und für das Verständnis der letzteren von unschätzbarem Wert, aber sie gehören nicht zu dem Begriff derselben".

Nicht nur grundsätzliche Erwägungen sind es, die für die Ablehnung der Zwecktheorie sprechen, sondern auch Bedenken hinsichtlich der praktischen Konsequenzen ergeben sich. Ebenso wie die Berufsrechtstheorie nimmt die Zweckthorie, jedenfalls in ihrer reinsten Form, keine Rücksicht auf einen etwa entgegenstehenden Willen des Patienten. Daß dies zu unmöglichen Konsequenzen führt, ist bereits oben eingehend dargelegt worden. Als Ausweg nehmen verschiedene Vertreter [12]) der Zwecktheorie an, daß die Grundlage der Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffes zwar der Heilzweck sei, daß aber die Grenze durch die Einwilligung des Kranken gezogen werde. Dadurch gibt aber die Zwecktheorie zu, daß sie nicht für sich allein existieren kann. Es muß auch hier wieder betont werden, daß ja gerade die Fälle der fehlenden Einwilligung die problematischen sind. Wenn also gerade in diesen Fällen ein Teil der Vertreter der Zwecktheorie auf die Einwilligung zurückgreifen, so haben sie zur Lösung des Problems nichts beigetragen.

Eine weitere Schwierigkeit entsteht der Zwecktheorie bei der Frage, ob auch Experimente, Transplantation und Transfusion durch den Zweck gerechtfertigt werden. Dies bejaht v. Lilienthal, allerdings wieder unter der Voraussetzung des Vorhandenseins der Einwilligung der betroffenen Person. Dadurch wird aber das Problem wieder verschoben. Geht man vom § 223 StGB. aus, dessen ratio legis auf Schutz der Körperintegrität gerichtet ist, so kann man Experiment, Transplantation und Transfusion nicht mehr als mit diesem Zweck sich deckend ansehen, so auch Heimberger [13]) und speziell für den

---

[10]) Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. 1, S. 63, zit. bei Rosenberg im Ger.-S. Bd. 62, S. 80.

[11]) a. a. O., S. 120.

[12]) Zum Beispiel v. Lilienthal a. a. O., S. 42, 47; Nagler „Die Rechtswidrigkeit" S. 383 (er betont besonders die negotiorum gestio); v. Liszt a. a. O., S. 154/55.

[13]) a. a. O., S. 25 (vgl. daselbst auch S. 23).

Fall der Verschönerungsoperation Oppenheim [14]). Der Zweck als Rechtfertigungsgrund für den ärztlichen Eingriff ist demnach abzulehnen.

§ 5.

Das überwiegende Interesse als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit.

Wie die Berufsrechtstheorie verwandt ist mit der Zwecktheorie, so besteht auch ein innerer Zusammenhang zwischen dieser und der Theorie des überwiegenden Interesses. Teilweise ähnliche Begründungen für beide Theorien sprechen für ihre Verwandtschaft [1]). Vertreter dieser Theorie sind Fritz van Calker [2]), Merkel [3]), insbesondere Richard Schmidt [4]), Wein [5]), Brinitzer [6]) und Dietrich [7]). Unberücksichtigt der geringen Unterschiede der Formulierungen lautet diese Theorie zusammengefaßt etwa so: „Im Falle eines echten, anders nicht lösbaren Interessenkonfliktes ist das verhältnismäßig geringere Rechtsgut dem bedeutenderen aufzuopfern" (Wein a. a. O.). Das höhere Interesse ist das der Gesundheit, diesem hat sich das Interesse an der körperlichen Integrität unterzuordnen, der Arzt hat demnach bei Erkrankungen das Recht, Eingriffe im Interesse der Gesundheit vorzunehmen. Hergeleitet wird dieser Rechtsgrundsatz des überwiegenden Interesses aus der gesamten Rechtsordnung. Das Recht stellt eine allgemeine Güter- und Interessenabwägung dar. Der Gesetzgeber wertet die verschiedenen Interessen gegeneinander ab und gibt sein Urteil über die Bewertung dieser Interessen im einzelnen Rechtssatz ab. Ein Musterbeispiel einer solchen Interessenabwägung stellen die Vorschriften über den Notstand dar.

Bevor ich zu dieser Theorie Stellung nehme, soll noch insbesondere in großen Zügen die Begründung von Richard Schmidt (a. a. O.) wiedergegeben werden, der das Problem wohl am ausführlichsten behandelt hat. Er geht aus vom Zweck der ärztlichen

---

[14]) a. a. O. S. 13.

[1]) Ueberhaupt kann ein innerer Zusammenhang aller Theorien, die die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Eingriffes durch irgend einen Grund ausschließen wollen, festgestellt werden. Hinsichtlich der bisher behandelten ist schon darauf hingedeutet worden. Ich weise schon hier auf den inneren Zusammenhang hin, der zwischen der hier behandelten Theorie und der der Einwilligung und der Geschäftsführung ohne Auftrag als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit besteht. Insbesondere zur GoA. ist die Brücke geschlagen durch die Berücksichtigung des „Interesses" im § 677 BGB.

[2]) „Frauenheilkunde und Strafrecht", S. 13.

[3]) „Die Kollision rechtmäßiger Interessen", S. 63/64.

[4]) „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes" (insbes. S. 27 ff., S. 51).

[5]) „Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes", Diss. Erlangen 1908.

[6]) „Die strafrechtliche Stellung des Arztes . . .", Diss. Leipzig 1916.

[7]) „Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe" (Marburger Diss. 1896, insbesondere S. 59).

Handlung, nicht vom Motiv, sondern von der Handlung selbst und nimmt dann unter diesem Gesichtspunkt die Abwägung der Interessen von Arzt und Patient vor. Der Umfang der ärztlichen Tätigkeit wird dadurch bestimmt, inwieweit sie „erforderlich" ist (S. 27/28). Ebenso wie bei Notwehr die Verteidigungshandlung nicht das erforderliche Maß überschreiten darf, ist die Grenze der ärztlichen Handlung durch die medizinische Regel gegeben.

Auch hier bedeutet Ueberschreiten dieser Grenze Strafbarkeit (Exzeß). Bei Handeln gegen die Einwilligung des Patienten liegt Nötigung oder Freiheitsberaubung vor (S. 37). Die rechtliche Grundlage dieser Theorie bildet de lege lata das Gewohnheitsrecht (Seite 40/41) [8]).

Die Einwendungen gegen die Theorie des überwiegenden Interesses sind teilweise die gleichen wie gegen die Zwecktheorie. Auch die Heranziehung der vor der Formulierung des jeweiligen Rechtssatzes gegeneinander abzuwägenden Interessen bedeutet die Heranziehung der gesetzgeberischen Motive. Wenn man aus diesen Motiven den Schluß zieht, daß der Gesetzgeber immer das überwiegende Interesse geschützt hat, so ist das eine Folgerung, die unumgänglich ist; denn welcher Gesetzgeber würde das seiner Meinung nach geringere Interesse durch einen Rechtssatz schützen? Unrichtig ist es, dieses Motiv zum Rechtssatz zu erheben; das würde zu dem Ergebnis führen, daß eigentlich eine Gesetzgebung überflüssig wäre, da das überwiegende Interesse ja immer vom Richter festgestellt werden könnte. Die Vorschriften über den Notstand wären dann gänzlich überflüssig. — Wie steht es insbesondere mit dem Willen des Patienten? Da er doch auch ein schätzenswertes Interesse darstellt, darf bei der Interessenabwägung nicht übersehen werden. Während aber ohne Bedenken gesagt werden kann, daß das Interesse der Gesundheit das der körperlichen Integrität überwiegt, ist es keineswegs zweifelsfrei, ob jenes auch stärker ist als das Interesse der persönlichen Willensfreiheit. Hier eine Einheitlichkeit der Auffassungen bei Abwägung der Interessen zu erzielen, wäre kaum möglich. Vollends versagt diese Theorie, ebenso wie die Zwecktheorie, bei Experiment, Transfusion und Transplantation. Soll etwa beim Experiment eine Abwägung zwischen den Interessen der betroffenen Person und denen der Menschheit vorgenommen werden? Wein [9]) greift hier als Ausweg zur Einwilligung, ebenso Dietrich (a. a. O.).

Bezüglich der weiteren Heranziehung des Gewohnheitsrechts als Grund der Rechtmäßigkeit (s. oben) vergleiche die Ausführungen des folgenden Paragraphen.

Gegen die Theorie vom überwiegenden Interesse sprechen sich aus (insbesondere hinsichtlich des ärztlichen Eingriffes) Heimberger [10]) und Stooß [11]); ebenso Nagler [12]). Letzterer schreibt:

---

[8]) Ebenso van Calker a. a. O., S. 13; derselbe im „Strafrecht", S. 37.
[9]) a. a. O., S. 44/47.
[10]) a. a. O., S. 19.
[11]) a. a. O. S. 104/05.
[12]) a. a. O., S. 348/49.

„. . . Mit dem Hinweis auf das Antisoziale wird der gesellschaftliche Utilitarismus zur entscheidenden Substanz erhoben: Man sieht die Dinge anstatt mit dem Auge der Rechtsordnung durch das beliebig gefärbte Glas der Gesellschaftslehre . . . Es läuft hier dieselbe Vertauschung des Motivierten mit dem Motivierenden unter wie bei der Identifizierung des subjektiven Rechts mit dem rechtlich geschützten Interesse . . . Man könnte fast sagen: Das Gesetz interpretiert authentisch das Vorliegen einer abstrakten Interessenwidrigkeit, so daß für die individuelle Nachprüfung kein Raum bleibt".

Von Bedeutung ist die Theorie des überwiegenden Interesses allerdings de lege ferenda, insbesondere ihre teilweise enge Anlehnung an die Vorschriften über den Notstand. (Vgl. darüber unten).

§ 6.

Das Gewohnheitsrecht als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit.

Der Begründer dieser Theorie ist Oppenheim[1]). Er geht davon aus[2]), daß lange, bevor die staatlichen Einrichtungen zur Ausbildung von Aerzten bestanden, eine Heilkunde vorhanden war und daß ärztliche Eingriffe von jeher vorgenommen wurden, wahrscheinlich schon ehe es überhaupt geschriebene Rechtssätze über die Strafbarkeit der Körperverletzung gab. „Nie hat ein Arzt, nie ein Patient, nie hat das Publikum, nie haben die Juristen oder die gesetzgebenden Faktoren an der Berechtigung ärztlicher Eingriffe gezweifelt. Wie vor vielen tausend Jahren schon werden auch noch heute unter der Herrschaft der Strafgesetze tagtäglich unzählige Eingriffe dieser Art vorgenommen . . . Wenn aber die Dinge so liegen, dann brauchen wir zur Erklärung der Tatsache, daß ärztliche Eingriffe berechtigt sind, nicht Konstruktionen zu Hilfe rufen, welche den Lebenserscheinungen nicht gerecht werden. Die Tatsache erklärt sich juristisch vielmehr aus sich selbst: Sie ist eine solche des Gewohnheitsrechts"[3]).

Von der herrschenden Lehre ist es anerkannt, daß dem Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Strafrechts eine derogierende Wirkung zuzuerkennen ist[4]). Ohne die Allgemeingültigkeit dieses Satzes bestreiten zu wollen, erleidet er doch eine wesentliche Ausnahme hinsichtlich des ärztlichen Eingriffes. Radbruch, dem ich mich hierin anschließe, schreibt[5]): „. . . . Es ist zwar denkbar, daß ein Strafgesetzbuch die Entstehung neuen Gewohnheitsrechts zuläßt,

---

[1]) „Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen . . ." Ebenso Behr: „Aerztlich-operativer Eingriff und Strafrecht", Diss. Würzburg 1902; und Vollmann in der „Berl. klin. Wochenschrift" 1908, S. 217 (letzterer ohne nähere Begründung).

[2]) a. a. O., S. 16 ff.

[3]) a. a. O., S. 17.

[4]) Frank, Kommentar zu § 2, I, 1; Allfeld, Lehrbuch, S. 71; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 23; A. A. Liszt-Schmidt, S. 85 (§ 18) und Lilienthal a. a. O., S. 34.

[5]) „Geburtshilfe und Strafrecht", S. 11.

aber nicht denkbar, daß es bestehendes Gewohnheitsrecht — und das angebliche Gewohnheitsrecht der chirurgischen Operation würde zur Zeit der Entstehung unseres Strafgesetzbuches bereits Jahrtausende hindurch bestanden haben — als solches neben sich fortleben ließe. Im Strafrecht bedarf es mehr als bei anderen der Rechtssicherheit, die nur das geschriebene Recht verbürgt, und jedes moderne Strafgesetzbuch will deshalb das gesamte Strafrecht restlos in die Form des geschriebenen Rechts gießen." — Betrachten wir insbesondere die einzelnen Sätze, die Oppenheim als geltendes Gewohnheitsrecht ansieht, so ergibt sich ein weiterer Grund, seinen Standpunkt abzulehnen. Ich beschränke mich bei der Anführung dieser recht zahlreichen Einzelsätze auf diejenigen, die von besonderer Bedeutung sind. „Jede Operation . . . erfordert die spezielle Einwilligung des zu Operierenden als Bedingung" [6]). „Niemand braucht sich, wenn er volljährig und geistesgesund ist, Eingriffen zwecks Heilung gegen seinen Willen zu unterziehen" [7]).

„Aber diese Regel hat ihre Ausnahmen . . . Wer auf eine von einem schweren Unglücksfall betroffene Person stößt, kann . . . sofort ohne Einwilligung und selbst gegen den direkt ausgesprochenen Willen des Kranken alle diejenigen körperlichen Eingriffe sofort vornehmen, welche zur Beseitigung der momentanen Gefahr erforderlich sind" [8]).

Ohne besondere Bedeutung für unser Thema, aber als Musterbeispiele lehrreich sind folgende Sätze [9]): „Wenn ein glaubwürdiger zuverlässiger Arzt auf Grund wissenschaftlicher Ueberlegung und nötigenfalls nach Versuchen an Tieren und eventuell auch an Menschen zu der Ueberzeugung kommt, ein Mittel sei ein Heilmittel, so hat er das Recht, es vorderhand anzuwenden, bis ihm nicht seine eigene oder fremde Erfahrung von der Schädlichkeit dieses Mittels überzeugt".

Bezüglich der Transfusion und der Transplantation [10]): „Der Arzt ist zu solchen Eingriffen an Gesunden berechtigt, wenn erstens die betreffende Person ihre Einwilligung gibt, zweitens dem Gesunden durch den Eingriff voraussichtlich kein dauernder Schaden an der Gesundheit entsteht und drittens, das dem Gesunden durch den Eingriff zugefügte Uebel erheblich geringer ist als das Uebel des Kranken, welches geheilt werden soll".

„Experimentelle Eingriffe an Kranken, welche den Zweck haben, zu erforschen, ob ihre Krankheit durch den betreffenden Eingriff geheilt oder gemildert werden kann, sind dann berechtigt, wenn erstens der Patient oder sein gesetzlicher Vertreter die Zustimmung gibt, zweitens, wenn auf Grund medizinisch-wissenschaftlicher Anschauung die Möglichkeit des Gelingens des Experiments gegeben ist und endlich drittens, wenn die durch das Experiment erzeugte

---

[6]) a. a. O., S. 22.
[7]) [8]) a. a. O., S. 21.
[9]) a. a. S. 25.
[10]) a. a. S. 27.

Gefahr in keinem Mißverhältnis steht zu der eventuell zu heilenden oder lindernden Krankheit“ [11]).

Die angeführten Sätze stellen nur einen kleinen Ausschnitt derer dar, die Oppenheim als Gewohnheitsrecht gelten lassen will. Wie aber können derartige Formulierungen Rechtssätze darstellen? Eine solche Kasuistik widerspricht der Notwendigkeit einer klaren, übersichtlichen Gesetzgebung, insbesondere wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um Strafrechtssätze handelt. Die Notwendigkeit einer möglichen abstrakten Fassung von Rechtssätzen ergibt sich ebenso wie für das Gesetzesrecht auch für das Gewohnheitsrecht. Die oben zitierten Sätze können daher unmöglich zur Rechtsüberzeugung des Volkes geworden sein. Immerhin können sie als Leitsätze für Aerzte wesentliche Bedeutung haben und auch deren Uebung und Gebrauch entsprechen, wofür auch die durchaus zu billigenden Ergebnise sprechen. Ein Gewohnheitsrecht stellen sie jedoch nicht dar [12]). Die Theorie des Gewohnheitsrechts ist demnach für den ärztlichen Eingriff prinzipiell, wie auch in den speziellen Ausführungen von Oppenheim, abzulehnen.

§ 7.

Die Einwilligung als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit.

Obwohl im vorliegenden Thema nur die Frage der Behandlung der eigenmächtigen ärztlichen Eingriffe behandelt werden soll, die im Gegensatz dazu stehenden, mit Einwilligung vorgenommenen also ausgeschlossen sind, muß aus verschiedenen Gründen im folgenden auch das Problem der Einwilligung behandelt werden. Zunächst zu dem Zweck, um im Anschluß an die vorhergehenden Ausführungen eine vollständige Darstellung aller Versuche der Begründung der Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes zu geben. Außerdem wird sich erweisen, daß bei der hier vertretenen Auffassung über die Einwilligung ein großer Teil der Ausführungen grundlegend ist für die folgende Behandlung des eigenmächtigen, also ohne Einwilligung vorgenommenen ärztlichen Eingriffes. Ich beschränke mich, soweit möglich, auf die Behandlung der Einwilligung lediglich bei dem Delikt der Körperverletzung, um eine den Rahmen der Abhandlung überschreitende Ausführung zu vermeiden.

Für das geltende Recht [1]) sind drei Auffassungen vertreten. Die eine geht dahin, daß die Einwilligung des Verletzten die Rechts-

---

[11]) a. a. O., S. 7.

[12]) Vgl. Schmidt a. a. O., S. 15; Stooß a. a. O., S. 98 ff.

[1]) Der erste Rechtssatz über die Einwilligung findet sich im römischen Recht (D. 47, 10 de iniur. l. I. § 5): „nulla iniuria est, quae in volentem fiat“, oder kurz ausgedrückt: Volenti non fit iniuria“. Schon im römischen Recht war das Anwendungsgebiet dieses Rechtssatzes sehr bestritten (vgl. hierzu Hartwig, Ger.-S. Bd. 82, S. 302/306). Teils wurde auf alle Verletzungen der Person einschließlich Gesundheit und Leben bezogen, bald auf die reine iniuria (Beleidigung und folgenloser Schlag und Sturz) beschränkt.

widrigkeit der Körperverletzung in allen Fällen ausschließt; die zweite spricht der Einwilligung diese Wirkung ganz ab, eine Mittelmeinung beschränkt die Wirkung der Einwilligung auf eine Gruppe von Fällen. Die erste Auffassung [2]) wird folgendermaßen begründet: § 216 des StGB. bestraft die Tötung auf Verlangen nicht mit dem Tode, sondern ermäßigt die Strafe auf Gefängnis nicht unter drei Jahren. Deswegen kann die Einwilligung auch bei der Körperverletzung nicht ohne Wirkung sein (arg. a maiore ad minus), sie muß, da eine besondere Strafe nicht festgesetzt ist, straffrei machen. Außerdem wird zur Begründung § 142 StGB. herangezogen. Darnach wird mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft, wer sich durch einen anderen mittels Verstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich machen läßt. Dagegen bestrafen die §§ 224, 225 mit Zuchthaus. Die Strafe des § 142 ist geringer, obwohl hier neben der Verletzung der Körperintegrität noch ein Angriff gegen die staatliche Autorität hinsichtlich der Erfüllung der Wehrpflicht vorliegt. Daraus ist zu folgern, daß der Angriff auf die körperliche Integrität bei Vorliegen der Einwilligung nicht bestraft werden soll.

Dieselben Paragraphen werden von denen herangezogen, die der Einwilligung bei der Körperverletzung jede Bedeutung absprechen wollen [3]): Es hat ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes bedurft, um der Einwilligung im § 216 diesen Einfluß zu sichern: trotzdem wirkt sie nicht strafausschließend, sondern nur strafmildernd. Deshalb ist der Einwilligung in anderen Fällen gar keine Bedeutung beizumessen. Bezüglich des § 142 wird darauf hingewiesen [4]), daß die Verstümmelungen des § 142 fast nie den Begriff der schweren Körperverletzung der §§ 224, 225 erfüllen, da es, um jemanden der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen, das notwendige Maß bei weitem überschreitet, wenn man diesem etwa den ganzen Arm abnimmt oder ein Auge aussticht. Die Verletzung der Hand durch Abschneiden eines Fingers genügt bereits, und diese Verletzung erfüllt den Tatbestand der leichten Körperverletzung. Die Strafdrohungen der §§ 223 und 223a sind aber leichter als die des § 142. Ist also trotz vorhandener Einwilligung die Strafe höher, so ergibt sich daraus, daß der Einwilligung die zugesprochene Bedeutung abzusprechen ist.

Eine mittlere Meinung scheidet hinsichtlich der Wirkung der Einwilligung zwischen leichter und schwerer Körperverletzung [5]). Sie lehnt die Konsequenzen ab, zu denen die Auffassung führt, die der Einwilligung jede Bedeutung absprechen will. Denn dann müßte z. B. jeder Friseur, der einem Kunden die Haare schneidet, jeder Schauspieler, der während der Vorstellung seinen Partner ohrfeigt.

---

[2]) Heimberger a. a. O., S. 9.

[3]) Insbesondere das Reichsgericht in Str. Bd. 2, S. 243; Bd. 6, S. 61.

[4]) Vgl. Schmidt a. a. O., S. 57 ff.

[5]) So grundsätzlich Frank, S. 133; Graf zu Dohna, S. 149; vgl. auch Schmidt a. a. O., S. 51 ff. (59).

wegen Körperverletzung strafbar sein. Es wird darauf hingewiesen, daß die leichte Körperverletzung nach § 223 ein Antragsdelikt ist. Wenn es der Verletzte nach vollendeter Tat in der Hand hat, ob er von seinem Antragsrecht Gebrauch machen soll, so steht es ihm frei, auch vor der Tat auf dieses Antragsrecht zu verzichten. In der Einwilligung vor der Tat ist ein solcher Verzicht zu erblicken.

Im besonderen sollen noch kurz die Ausführungen von Keßler[6]) wiedergegeben werden. Er billigt der Einwilligung nur dort eine Wirkung zu, wo der Staat lediglich Privatinteressen schützen will und Allgemeininteressen nicht in Frage kommen[7]). Die Selbstverletzung sei nicht mit Strafe bedroht. Wenn aber eine gewisse Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen verboten sei, so liege hierin ein vollgültiger Beweis dafür, daß das Interesse nur dieses einen Individuums geschützt werden soll und folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommene Handlung unverboten sei (S. 68).

Gegen die Begründungen für wie gegen die Wirkung der Einwilligung bei der Körperverletzung lediglich aus dem besonderen Teil des StGB. unter Zuhilfenahme der zitierten Paragraphen ist einzuwenden, daß beide Anschauungen sich paralylieren; m. E. kann sowohl die positive wie die negative Folgerung gezogen werden. Gegen die Anschauung, die der Einwilligung jede Bedeutung aberkennen will, ist, wie schon oben hervorgehoben wurde, besonders auf die unzuträglichen Konsequenzen hinzuweisen, zu denen sie bei leichten Eingriffen gegen die körperliche Integrität führt. Ebenso ist gegen die entgegengesetzte Anschauung, daß die Einwilligung jede Körperverletzung straflos mache, einzuwenden, daß dann auch schwere und gefährliche Körperverletzung gedeckt sein würden. Gegen die vermittelnde Theorie, die von dem Antragrsecht bei der leichten Körperverletzung ausgeht, ist einzuwenden, daß z. B. schwere Knochenbrüche noch unter den Begriff der leichten Körperverletzung fallen. Es würde auch von Zufällen abhängen, ob eine der Folgen des § 224 eintritt und damit die Wirkung der Einwilligung aufhört oder nicht. Da außerdem § 223a ein Offizialdelikt darstellt, würde selbst bei leichten Eingriffen mit dem Messer die Wirkung der Einwill gung wegfallen[8]).

Was insbesondere die Stellungnahme des Reichsgerichts betrifft, so wurden bereits die beiden Entscheidungen[9]) zitiert, in denen es der Einwilligung bei der Körperverletzung strafausschließende Bedeutung abspricht. Hinsichtlich des ärztlichen Eingriffs vertritt das Reichsgericht dagegen den Standpunkt[10]), daß er durch die Ein-

---

[6]) „Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung".

[7]) Aehnlich Mezger im „Ger.-S." Bd. 89, S. 272 ff.; ausgehend vom Prinzip des mangelnden (staatlichen) Interesses"; vgl. auch Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 336.

[8]) Vgl. Löffler a. a. O., S. 243.

[9]) RGSt. Bd. 2, S. 242 und Bd. 6, S. 61.

[10]) RGSt. Bd. 25, S. 375 ff.; Bd. 38, S. 34 .

willigung, und zwar lediglich durch sie, gerechtfertigt werde. Diese letztere Auffassung wird dem RG. als inkonsequent gegenüber den erstgenannten beiden Urteilen vorgeworfen [11]). Nach anderer und m. E. richtiger Ansicht [12]) hat das RG. in den erstgenannten Entscheidungen seine ablehnende Auffassung gar nicht in ihrer ganzen Tragweite vertreten wollen. Allerdings geht diese Ansicht des RG. aus seinen Begründungen nicht sehr deutlich hervor, in E. 25 S. 381 sagt es nur, es bedürfe an dieser Stelle keiner Erörterung der Frage, inwieweit die Einwilligung des Verletzten als allgemeines Prinzip tauglich sei, ein Kriterium der Rechtmäßigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit gewisser Handlungen, insbesondere der Körperverletzung abzugeben und welche Bedeutung in dieser Beziehung seiner bisherigen Rechtsprechung beiwohne. In E. 2 S. 442 geht das RG. aber in seiner Begründung davon aus, daß die Gesundheit zu den Gütern gehöre, deren Erhaltung der Staat wegen ihres Wertes für die Gesamtheit fördere, auf die also auch nicht verzichtet werden könne. — Wenn andererseits der Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen unrechtsausschließende Bedeutung beigemessen wird, so kann man daraus schließen, daß das RG. in den ersten grundsätzlichen Entscheidungen die Einwilligung in den Fällen für unbeachtlich erklären wollte, wo sie dem durch § 223 geschützten Interesse der Körperintegrität zuwiderläuft. Allgemein gesagt würde also das RG. auf den Inhalt der Einwilligung abstellen. Allerdings fehlt eine ausdrücklich ausgesprochene Begründung dafür, warum der Einwilligung beim ärztlichen Eingriff eine strafausschließende Wirkung zugebilligt wird.

Der Verfasser selbst schließt sich teilweise den Ausführungen von Zitelmann [13]) an. Dieser geht davon aus, daß die Handlung, die in einem Teil der Rechtsordnung für widerrechtlich erklärt wird, auch in dem anderen Teil der Rechtsordnung widerrechtlich ist. Umgekehrt bewirken andere Handlungen den gleichmäßigen Ausschluß der Rechtswidrigkeit in allen Rechtsteilen. Speziell hinsichtlich der Einwilligung beweist Zitelmann, nachdem er ihre unrechtsausschließende Wirkung im Zivilrecht festgestellt hat, daß entsprechend dem eben ausgesprochenen Grundsatz auch die Widerrechtlichkeit im Strafrecht wegfällt. — Die folgenden Untersuchungen sind zum Teil auch grundlegend für den hier insbesondere zu behandelnden Fall des ärztlichen Eingriffes ohne vorhandene Einwilligung.

Als erster Punkt ist die Frage der Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht zu behandeln (eine Definition der Rechtswidrigkeit zu geben, ist für die folgenden Ausführungen überflüssig). Es ist in der Rechtslehre fast unbestritten, daß der Begriff der Rechtswidrigkeit sowohl im Strafrecht wie im Zivilrecht ein gleichmäßiger ist und daß insbesondere eine Handlung in allen Gebieten

---

[11]) Vgl. z. B. Löffler a. a. O., S. 245.

[12]) Köhler a. a. O., S. 404, und M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 290 Anm. 13.

[13]) „Ausschluß der Widerrechtlichkeit" im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 99, S. 1 ff.

gleichzeitig rechtswidrig ist[14]). Gleichgültig ist dabei, in welchem Rechtsteil die Rechtswidrigkeit der Handlung festgestellt ist, unrechtmäßig ist sie auch für den anderen Rechtsteil. Dabei ist aber zu beachten, daß nicht jeder Rechtsteil an eine von dem anderen für unrechtmäßig erklärte Handlung Folgen an diese zu knüpfen braucht; es kann z. B. das Zivilrecht eine Handlung für unrechtmäßig erklären und eine Schadensersatzpflicht daranknüpfen, während das Strafrecht dieser Handlung gegenüber indifferent bleibt. Ebenso wäre es möglich, daß das Strafrecht eine Handlung für strafbar erklärt, während sich keinerlei zivilrechtliche Folgen an sie knüpfen. Dabei darf aber nicht der Fehler gemacht werden, ohne weiteres daraus, daß z. B .das Zivilrecht eine Schadensersatzpflicht feststellt, die Unrechtmäßigkeit der Handlung zu folgern. Es ist auch möglich, daß lediglich eine Schadensersatzpflicht ausgesprochen wird, ohne daß damit die Unrechtmäßigkeit festgestellt werden soll. Ebenso kann der Gesetzgeber die Voraussetzungen, unter denen sich an eine Handlung Rechtsfolgen anknüpfen sollen, in den einzelnen Rechtsteilen verschieden gestalten. Die Tatsache der einheitlichen Rechtswidrigkeit wird davon nicht berührt. Mit Recht bemerkt Nagler[15]), daß die Aufteilung der Rechtssätze unter die einzelnen Rechtsdisziplinen nur als Hilfsmittel unseres systematischen Denkens diene, die Schlagbäume seien erst von der Wissenschaft errichtet worden und trennten nur äußerlich. Die Scheidung einer Strafrechtswidrigkeit von einer Zivilrechtswidrigkeit bedeute deshalb eine große methodische Unsicherheit[16]). — Diese Arbeitsteilung zwischen Zivil- und Strafrecht macht es, wie schon erwähnt wurde, notwendig, daß eventuell an unrechtmäßige Handlungen die Folgen in einem Rechtsteil nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen geknüpft werden. Wenn Gerland[17]) sagt, die Rechtswidrigkeit des Erfolges, die im Zivilrecht von entscheidender Bedeutung sei, sei im Strafrecht nicht ausschlaggebend, hier sei maßgebend lediglich die Rechtswidrigkeit der Handlung, so ist das durchaus zutreffend bemerkt, widerspricht aber nicht der Tatsache der Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit in den beiden Rechtsteilen. Hier wird eben die Aufgabenteilung zwischen Zivil- und Strafrecht deutlich. Während das erstere eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes bezweckt (Schadensersatz), will das letztere unberücksichtigt dieser Wiederherstellung strafen. Diese Verschiedenartigkeit der Ziele erfordert die von Gerland hervorgehobene Verschiedenartigkeit der Voraussetzungen, unter denen die jeweiligen

---

[14]) Vgl. außer den für die speziellen Fragen im folgenden zitierten: J. Goldschmidt, „Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb", S. 9; H. A. Fischer in D. J. Z. 1926, S. 1281; Bierling, „Juristische Prinzipienlehre", 3. Bd., S. 189; Beling, „Grundzüge des Strafrechts", S. 7; Ahrens, „Geschäftsführung ohne Auftrag . . .", S. 5; v. Liszt, „In der Zeitschr. f. ärztl. Fortbildung 1904, S. 152.

[15]) a. a. O., S. 360.

[16]) a. a. O., S. 362.

[17]) Strafrecht, S. 111.

Folgen in dem einen oder anderen Rechtsgebiet an die Handlung angeknüpft werden [18]).

Nachdem gezeigt worden ist, daß eine Handlung in allen Rechtsteilen gleichmäßig widerrechtlich ist, ist als nächstes zu prüfen, ob ebenso die Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit beiden Rechtsteilen gemeinsam sind und, was speziell die Einwilligung betrifft, ob diese, nachdem ihre unrechtsausschließende Wirkung im Privatrecht bewiesen worden ist (darüber unten), dieselbe Wirkung auch im Strafrecht hat. — Dabei sind zwei Wege der Behandlung möglich. Entweder man geht, wie Zitelmann, von der Einwilligung als solcher aus, ohne Rücksicht darauf, welches Rechtsgut sie im konkreten Falle schützen soll, oder man behandelt die Einwilligung von vornherein nur in Beziehung zu dem einzelnen Rechtsgut, im vorliegenden Falle also zur körperlichen Integrität. Diese Verschiedenheit der Ausgangspunkte ist nicht nur eine äußerliche, sondern hat auch grundsätzliche Unterschiede in der Behandlung zur Folge. Zitelmann steht auf dem Standpunkt [19]), daß sich die Untersuchung nur anstellen lasse, wenn zunächst die einzelnen Tatsachen, die als Ausschlußgründe in Betracht kommen und deren Wirksamkeit es festzustellen gilt, ermittelt worden sind. Dabei geht er von dem allgemeinen Grundsatz aus, daß ein Rechtssatz, der den Ausschluß der Rechtswidrigkeit verfügt, von doppelter Art sein kann, von stärkerer und schwächerer. Zu der ersteren, hier allein interessierenden Gruppe gehören die Fälle, wo der Handelnde auf Grund einer eigenen subjektiven Befugnis, die selbst auf einem Rechtssatz beruht, eingreift. In diesem Falle kann die Handlung nicht rechtswidrig sein, selbst wenn sie einen anderen verletzt. Die Befugnis zum Handeln bedeutet also den Ausschluß der Rechtswidrigkeit. „Hier läßt sich sofort sagen: diese Anordnung muß für alle Rechtsteile gleichmäßig Kraft haben, denn die Rechtsordnung kann nicht mit sich selbst in Widerspruch stehen. Durch eine besondere positive Erlaubnis so zu handeln, macht sie notwendig eine Ausnahme von jedem allgemeinen Verbot dieses Handelns“ (S. 21). Ich halte eine derartige isolierte Betrachtung der einzelnen Unrechtsausschließungsgründe für verfehlt. M. E. muß jeder dieser Gründe, im vorliegenden Fall die Einwilligung, immer im Zusammenhang mit dem jeweiligen Rechtsgut geprüft werden [20]). Während das Privatrecht lediglich dem Schutze privater Rechtsgüter dient, soll das Strafrecht teilweise noch über diese privaten Rechtsgüter hinausgehenden öffentlichen Interessen dienen. Deswegen ist es möglich,

---

[18]) Vgl. hierzu Richard Fuchs: „Strafgesetz und Rechtswidrigkeit“, S. 21/22; H. A. Fischer „Die Rechtswidrigkeit . . .“. S. 116; Elster im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Stier-Somlo und Elster), S. 740 f.; Zitelmann, a. a. O., S. 11 a. E. 12.

[19]) a. a. O., S. 20 ff.

[20]) So auch im allgemeinen (ohne auf den Standpunkt der Wirkung der zivilrechtlichen Einwirkung im Strafrecht zu stehen) Merkel „Die Lehre vom Verbrechen . . .“, S. 190; ebenso de lege ferenda Kohlrausch „Reform . . .“ (Aschr.-Kohlr.) S. 20.

daß das Privatrecht durch irgend einen Grund die Befugnis zu Eingriffen erteilt und diese selbst für rechtmäßig erklärt, während sich aus der besonderen Natur des Strafrechtssatzes ergibt, daß er unberührt von der Rechtmäßigkeit der betreffenden Handlung im Privatrecht die strafrechtlichen Folgen an sie knüpfen will [21]). Um zu beweisen, daß der zivilrechtlichen Einwilligung bei der Körperverletzung auch im Strafrecht eine unrechtausschließende Wirkung zukommt, gehe ich aus von den Erwägungen von Keßler (vgl. oben), der der Einwilligung nur dort eine Wirkung zuschreibt, wo der Staat lediglich Privatinteressen schützen will und Allgemeininteressen nicht in Frage kommen. Ein solches ausschließlich privates Interesse ist zweifellos da vorhanden, wo das betreffende Rechtsinstitut, wie z. B. das Eigentum, seine Konstituierung im Privatrecht selbst erfährt. Hier hat deswegen die privatrechtliche Einwilligung dieselbe Wirkung im Zivil- wie im Strafrecht. Das Rechtsgut der Körperintegrität beruht aber nicht, wie das Eigentum, auf dem Zivilrecht. Keßler weist aber mit Recht darauf hin, daß die Körperverletzung allen Individuen außer einem verboten sei [22]). Daraus ergibt sich, daß lediglich das Interesse des einen Individuums geschützt werden soll. Man kann demnach den Satz, daß die Einwilligung in die Verletzung eines subjektiven Privatrechts die Rechtswidrigkeit auch strafrechtlich ausschließe, dahin erweitern, daß jedes private Rechtsgut, wozu auch die Körperintegrität gehört, dieselbe Stellung einnehmen soll. Dementsprechend schließt auch die Einwilligung des Privatrechts nicht nur bei subjektiven Privatrechten, sondern bei allen privaten Rechtsgütern die Rechtswidrigkeit aus.

Der hier vertretene Standpunkt stellt ein Kompromiß zwischen Keßlers und Zitelmanns Auffassungen dar. Er übernimmt die zivilrechtliche Einwilligung als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit [23]) auch für das Strafrecht, geht aber nicht von den Ausschlußgründen selbst aus, sondern vom jeweiligen betroffenen Rechtsgut. Diese Auffassung gelangt zu denselben Ergebnissen wie Zitelmann, vermeidet aber durch Gleichsetzung des Privatrechtsgutes mit den subjektiven Privatrechten die Einwendungen, die gegen dessen Lehre erhoben werden, daß sie nämlich nur dann passe, wenn das verletzte oder gefährdete Interesse (Rechtsgut) Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs ist [24]). Andererseits wird die Konsequenz vermieden, zu der Keßler kommt, der, nachdem er die Einwilligung in die Körperverletzung als Unrechtsausschlußgrund anerkennt, keinen

---

[21]) Vgl. die Ausführungen von Kiehl im Archiv für Strafrecht (Goltd.), 54. Jahrgang, S. 380/81.

[22]) Vgl. auch die allerdings allgemein gehaltenen Ausführungen von Gerland, Strafrecht, S. 121.

[23]) Vgl. die Ausführungen darüber unten.

[24]) So Frank, der sich bis zur 15. Aufl. Zitelmann angeschlossen hatte, in Vorbemerkung zum 4 Abschnitt, III, S. 133; ausführlich Mezger im Ger.-S. Bd. 8 9,S. 276· Helmuth v. Weber „Das Notstandsproblem . . .“, S. 47 ff., 58 ff.

Unterschied macht hinsichtlich des Zwecks und der Art der jeweiligen Körperverletzung. Durch die Uebernahme der zivilrechtlichen Einwilligung und dementsprechend der übrigen Zivilrechtssätze können die Grenzen der Einwilligung hinsichtlich Art, Umfang usw. (z. B. § 138 BGB.) aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch entnommen werden [25]).

Nachdem in den vorhergehenden Ausführungen die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit im Straf- und Zivilrecht und unter besonderer Berücksichtigung der Körperverletzung die gleichmäßig unrechtsausschließende Wirkung der privatrechtlichen Einwilligung in beiden Rechtsteilen nachgewiesen worden ist, muß jetzt noch das Bestehen der privatrechtlichen Einwilligung selbst bewiesen werden. Zunächst darf die Einwilligung nicht verwechselt werden mit dem ihr zugrundeliegenden Vertrag, speziell beim ärztlichen Eingriff mit dem Werkvertrag, der zwischen Arzt und Patient besteht. Auf Grund dieses Dienstvertrages ist der Arzt verpflichtet, die erforderlichen Eingriffe vorzunehmen, der Kranke selbst gibt zu diesen Eingriffen seine spezielle Einwilligung. Er ist aber nicht verpflichtet, diese Einwilligung abzugeben. Es besteht also keine Duldungspflicht des Kranken. Daß die Einwilligung nicht mit dem Abschluß des Vertrages identisch ist, ergibt sich insbesondere in den Fällen, in denen erst nach Abschluß des Vertrages die Vornahme einer besonderen Operation geplant wird und der Patient zu dieser seine Einwilligung gibt. Allerdings kann es auch Fälle geben, in denen der Abschluß des Vertrages mit der Einwilligung zusammenfällt. Es ist aber unrichtig, die Einwilligung grundsätzlich mit dem Vertragsabschluß gleichzusetzen [26]).

Daß die Einwilligung eine Willenserklärung ist, wird nicht geleugnet. Allerdings wird behauptet [27]), sie sei kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine Willenserklärung tatsächlicher Art. Wenn nun zu einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gefordert wird, daß sie eine juristische Absicht des Erklärenden enthalten muß, „so braucht doch", worauf Zitelmann hinweist [28]), „diese Absicht keine juristisch ausgeprägte zu sein. Es genügt, wenn sie auf einen gewissen tatsächlichen Erfolg geht, sofern nur der Handelnde diesen Erfolg zugleich als einen rechtlich bedeutsamen, von der Rechtsord-

---

[25]) Vgl. die Ausführungen von M. E. Mayer, a. a. O., S. 292: Die Einwilligung müsse in ihren strafrechtlichen Wirkungen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beurteilt werden. Dieser Standpunkt könne aber nur für eine Gruppe von Fällen gelten. Wesentlich sei die privatrechtliche Wirksamkeit der Einwilligung. Aehnlich (ohne nähere Begründung) Flad im „Recht" 1919, S. 17.

[26]) So scheinbar Schwartz, Kommentar zu § 223 (S. 495); vgl. Zitelmann a. a. O., S. 48/50.

[27]) Lindelmann „Die Schadensersatzpflicht", S. 81; vgl. auch die Protokolle zum BGB. Bd. 2, S. 578, im Gegensatz dazu stehen die Motive Bd. 2, S. 730, auf dem Standpunkt, die Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft. S. auch RG. in Warn. Jahrbuch 1911, Nr. 398.

[28]) a. a. O., S. 51.

nung anerkannten, beabsichtigt . . .". Daß die Einwilligung zu körperlichen Eingriffen diesem Erfordernisse entspricht, ist nicht zweifelhaft. Insbesondere ergibt sich dies, wenn man die hier vorhandene Einwilligung mit der der §§ 182 ff. BGB. vergleicht. Diese geht darauf hinaus, Verfügungen eines Dritten wirksam zu machen. Als Beispiel führt Zitelmann [29]) den Fall an, daß ein Vater dem Kinde erlaubt, einem Bettler ein Stück Brot zu geben. Auch hier wird die juristische Absicht, nämlich das Bewußtsein, eine rechtsgeschäftliche Verfügung vorzunehmen, kaum vorhanden sein. Ebenso ist es bei der Einwilligung in eine tatsächliche Handlung wie die Operation. Hier einen Unterschied zu machen gegenüber der Einwilligung des § 182 hinsichtlich der Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vorliegt oder nicht, wäre willkürlich [30]).

Nachdem die rechtsgeschäftliche Natur der Einwilligung nachgewiesen worden ist, muß geprüft werden, worauf sie sich inhaltlich erstreckt. Dabei sind zwei Möglichkeiten vorhanden. Die Einwilligung bezweckt entweder den Ausschluß des Schadensersatzanspruches oder den der Widerrechtlichkeit. M. E. ist beim ärztlichen Eingriff lediglich die letztere Möglichkeit vorhanden. Der Einwilligende erlaubt den an und für sich rechtswidrigen Eingriff an seinem Körper. Dieses Erlaubtsein ist der Gegensatz des Verbotenseins, also der Rechtswidrigkeit. Bei dieser Erlaubniserteilung denkt der Einwilligende gar nicht daran, daß er auch auf eventuelle Schadensersatzansprüche verzichtet. Um lediglich den Schadensersatzanspruch auszuschließen, die Widerrechtlichkeit aber bestehen zu lassen, hätte es einer spezifizierten Willenserklärung bedurft. Wäre nur der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen, so käme man zu dem Ergebnis, daß die Handlung ihrer zivilrechtlichen Folgen, nämlich des Schadensersatzes entkleidet wäre, aber trotzdem widerrechtlich, also unberücksichtigt der Einwilligung noch strafbar wäre. Deshalb wäre gegen die Handlung trotz der Einwilligung noch Notwehr möglich, wobei insbesondere darauf hingewiesen werden muß, daß diese Notwehr nicht vom Verletzten selbst (der ja die Einwilligung jederzeit wieder zurückziehen kann), sondern von Dritten ausgeübt werden kann. Diese Erwägungen lassen es m. E. geboten erscheinen, anzunehmen, daß die Einwilligung zur Vornahme eines ärztlichen Eingriffes die Rechtswidrigkeit ausschließt [31]) [32]).

---

[29]) a. a. O., S. 52.

[30]) Vgl. Brückmann in ZStr. W. Bd. 24, S. 661; Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, § 451 II, 3; Lehmann im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Stier-Somlo) Bd. 1, S. 212; v. Thur, Bürgerliches Recht, II, 2, § 88, S. 469, hält die Einwilligung für ein Rechtsgeschäft. Zum mindesten aber müsse man sie für eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Rechtshandlung halten, auf welche das Recht der Rechtsgeschäfte analog anzuwenden sei.

[31]) Auf dem Standpunkt, daß die Widerrechtlichkeit durch die Einwilligung ausgeschlossen wird, steht insbesondere Enneccerus a. a. O. Anm. 36.

[32]) Die bereits zit. Entsch. des RG. in Warn. Jahrbuch 1911, Nr. 398, steht auf dem Standpunkt, daß auch dann, wenn man die Einwilligung nur

Als letztes ist die gesetzliche Anerkennung der Einwilligung nachzuweisen. Eine Gleichstellung der hier behandelten Einwilligung mit der des § 182 BGB. ist nicht möglich, denn dort ist nur von der Einwilligung in Rechtsgeschäfte die Rede, die ohne diese Einwilligung der Gültigkeit entbehren würden. Aehnlicher der hier behandelten Einwilligung ist die der §§ 744, 922 BGB. Eine positive gesetzliche Anerkennung fehlt dagegen gänzlich. Allerdings ist das nicht maßgebend für die Bedeutung der Einwilligung, denn bei einer Anzahl von Rechtsgeschäften fehlt diese gesetzliche Grundlage ebenfalls. Es läßt sich aber aus den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch der Schluß ziehen, daß die Einwilligung der hier behandelten Art als bestehend anerkannt ist, wenn auch ihre endgültige gesetzliche Festlegung unterblieben ist. Im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches [33]) war vorgesehen der § 706: „Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu“. Der Paragraph ist dann gestrichen worden, nicht, weil man die Einwilligung für bedeutungslos halten wollte, sondern, wie sich aus den Protokollen [34]) ergibt, um den Schwierigkeiten der Frage zu entgehen, ob und wann die Einwilligung ein Rechtsgeschäft sei und ob sie im einzelnen Falle den Charakter eines Unrechtsausschließungsgrundes trage oder nur den Schadensersatzanspruch ausschließe. Auf jeden Fall sollte mit der Streichung des § 706 die Einwilligung nicht aus dem Bürgerlichen Recht verschwinden.

Wir können die letzten Ausführungen, den Gedankengang rückwärts entwickelnd, kurz zusammenfassen: Die Einwilligung der vorliegenden Art ist eine rechtsgeschäftliche Handlung. In ihrer Wirkung schließt sie die Rechtswidrigkeit aus. Unter der Voraussetzung der gleichmäßigen Widerrechtlichkeit einer Handlung im Straf- wie im Zivilrecht und unter besonderer Berücksichtigung der Tatsache, daß es sich bei der Körperverletzung um ein lediglich im Privatinteresse geschütztes Rechtsgut auch im Strafrecht handelt, schließt die privatrechtliche Einwilligung die Rechtswidrigkeit im Strafrecht und damit die Strafbarkeit aus.

Daraus ergeben sich eine Reihe von Folgerungen. Ist die Einwilligung eine rechtsgeschäftliche Erklärung, so ergibt sich daraus, daß sie sich auch hinsichtlich aller Einzelheiten nach Bürgerlichem Recht bestimmt [35]). Sie muß erklärt sein, allerdings nicht ausdrücklich, es genügt auch eine konkludente Handlung. Diese stillschweigende Einwilligung ist nicht zu verwechseln mit der weiter unten behandelten vermutlichen Einwilligung, bei letzterer liegt überhaupt keine Einwilligung, nicht einmal eine konkludent erklärte vor. Des weiteren sind die Vorschriften über Willensmängel anwendbar. Die nicht ernstlich gemeinte Einwilligung ist nichtig, die erzwungene und

---

als eine tatsächliche Erklärung ansehen will, die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird.

[33]) I. Lesung (1888).

[34]) Vgl. S. 578.

[35]) Lehmann a. a. O., Enneccerus a. a. O.

erlistete anfechtbar. Zur Bejahung einer strafrechtlichen Schuld ist Voraussetzung, daß der Arzt die Anfechtbarkeit oder die Nichtigkeit der Einwilligung kannte oder hätte kennen müssen. Ist seine Unkenntnis entschuldbar, so bleibt er straflos. Eine wesentliche Schranke der Einwilligung bilden die guten Sitten [36]) des § 138 BGB. Danach bemißt sich insbesondere der Unterschied, der zwischen der Einwilligung in eine gewöhnliche Körperverletzung und dem Eingriff zu Heilzwecken besteht. Im ersteren Fall ist die Einwilligung im allgemeinen, weil gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig, insbesondere wird dies bei schweren Körperverletzungen der Fall sein [37]). Aber auch dem ärztlichen Eingriff selbst werden durch diese Bestimmung Schranken gezogen. Die Unfruchtbarmachung einer Person verstößt, abgesehen von den Fällen, wo die Gesundheit oder das Leben gefährdet ist, gegen die guten Sitten; ebenso ist die Einwilligung des Patienten in eine nicht notwendige Amputation unsittlich. Der Einwand, den v. Liszt [38]) gegen die Einwilligungstheorie erhebt, daß auch derartige Eingriffe durch die Einwilligung gedeckt würden, ist deshalb hinfällig [39]). — Die Transfusionen und Transplantation sind nicht als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen, desgleichen geringfügige Eingriffe zu experimentellen Zwecken [40]). Dagegen ist die Einwilligung zu schweren, eventuell lebensgefährlichen Experimenten m. E. unsittlich. Genaue Maßstäbe können natürlich in abstracto nicht aufgestellt werden. — Eine gültige Einwilligung liegt ebenso dann nicht vor, wenn der Einwilligende über den Umfang und die Folgen des Experimentes nicht ausreichend oder überhaupt nicht aufgeklärt war, oder wenn das Experiment z. B. unter Ausnutzung des Abhängigkeitsverhältnisses, in dem sich der Kassenpatient unter Umständen befindet, geschah.

Eine interessante Entscheidung stellt die des OLG. Colmar dar [41]): Ein Dentist hatte der Klägerin auf deren ausdrücklichen Wunsch gesunde und nur leicht erkrankte Zähne trotz seines Hinweises auf diese Tatsache gezogen, weil die Klägerin ein schöneres künstliches Gebiß haben wollte. Das OLG. sieht darin ein sittenwidriges Verhalten im Sinne des § 826 BGB. — Im allgemeinen aber wird man m. E. sagen müssen, daß Schönheitsoperationen nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

Eine Einwilligung liegt nicht vor, wenn der Arzt den Patienten über den Umfang der Operation gar nicht oder nur ungenügend auf-

---

[36]) Vgl. Lilienthal a. a. O. S. 25, 27; RGZ. Bd. 68, S. 308 und v. Liszt „Die Deliktsobligationen . . .".

[37]) Es ist unrichtig, wenn Oppenheim (a. a. O. S. 10) glaubt, der Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen müsse diejenige bei gewöhnlichen Körperverletzungen gleichgestellt werden.

[38]) In der Zeitschr. f. ärztl. Fortbildung 1904, S. 224.

[39]) Vgl. auch Brückmann in ZStr. W. Bd. 24, S. 601.

[40]) Stooß a. a. O., S. 89/91, hält jedes Experiment auch mit Einwilligung für strafbar.

[41]) In der Rechtsprechung der OLG. (Mugdan) 1916, S. 329.

klärt [42]). Diese Aufklärungspflicht besteht insbesondere bei von Wissenschaft und Praxis noch nicht erprobten Eingriffen [43]). Endlich wird die Rechtswidrigkeit nicht beseitigt, wenn der Arzt den Umfang der gegebenen Einwilligung überschreitet [44]) (vgl. darüber unten).

In diesem Zusammenhang kann noch ein weiterer Einwand, der gegen die Einwilligungstheorie erhoben wird, besprochen werden. Arieff [45]) meint, durch die Einwilligung würde auch die in feindseliger Absicht vorgenommene Verletzung gedeckt werden. Das ist unrichtig. Entweder ist eine solche Einwilligung nichtig wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, nämlich dann, wenn der Verletzte die Absicht des anderen kannte. Oder aber, wenn der Verletzte über den Zweck des Eingriffes getäuscht wurde, ist die Einwilligung unwirksam. Der Verletzende, der den Irrtum arglistig hervorgerufen hatte, ist wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafbar. Der dem vorhergehenden ähnliche Einwand, daß die Einwilligung auch die mißglückte Operation decke [46]), ist nur insoweit richtig, als es sich um einen durch Zufall ungünstigen Verlauf des Eingriffes handelt. In diesem Falle wird die an und für sich angemessene Handlung des Arztes durch die Einwilligung des Arztes gedeckt [47]) (vorausgesetzt, daß der Patient die notwendige Aufklärung empfangen hat; vgl. darüber oben). Hat der Arzt dagegen einen lege artis unangemessenen Eingriff vorgenommen, so bleibt er, vorausgesetzt, daß Verschulden vorliegt, nicht straflos. Der Patient gibt seine Einwilligung immer unter der Voraussetzung, daß der Arzt sachgemäß vorgeht; gibt er seine Einwilligung zu einer nicht indizierten Operation, so ist sie anfechtbar [48]) u. [49]).

Die nach der Operation erfolgte Genehmigung vermag die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit der Handlung nicht aufzuheben. Ebenso wie z. B. bei der Unterschlagung durch nachträgliche Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten (soweit diese nicht schon bei gutem Glauben des Erwerbers wirksam war), nur die

---

[42]) Vgl. darüber Stooß a. a. O., S. 31; Zitelmann in der „Deutsch. med. Wochenschr." Bd. 33, II, S. 2053; Lilienthal a. a. O., S. 47; Oppenheim a. a. O., S. 11/12; RGZ. Bd. 78, S. 432 ff.

[43]) RGZ. 68, S. 308.

[44]) RGStr. Bd. 38, S. 35/36.

[45]) a. a. O. S. 35.

[46]) Stooß a. a. O., S. 94/95; Brinitzer a. a. O., S. 18; Arieff a. a. O.

[47]) Anders Zitelmann, Arch. f. d. zivil. Praxis, S. 88, und Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 280. Sie nehmen an, die Einwilligung decke die mißglückte Operation nicht, es fehle aber das Verschulden des Arztes.

[48]) Vgl. Zitelmann a. a. O., S. 93.

[49]) Köhler a. a. O., S. 399; bezeichnet die Indikation zur Operation als zweites Rechtfertigungselement neben der Einwilligung. Nach den obigen Ausführungen ist aber eine Einwilligung zu einer nicht indizierten Operation nicht wirksam. Die Indikation steht also nicht neben der Einwilligung, sondern bildet gewissermaßen ein Bestandteil derselben. — Im Ergebnis besteht kein Unterschied.

zivilrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes, nicht aber die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit berührt wird, ist es auch hier. Es würde auch unhaltbar sein, wenn man die Strafbarkeit der Handlung von dem Willen des Verletzten abhängig machen wollte [50]).

Als letzter Punkt ist der der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu behandeln. Entsprechend der hier vertretenen Auffassung der Einwilligung als rechtsgeschäftliche Handlung ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters sowohl beim Geschäftsunfähigen (Geisteskranke oder Kinder unter 7 Jahren) wie beim Geschäftsbeschränkten notwendig. Die Altersgrenze ist also 21 Jahre [51]). Andere, die nicht auf dem Boden der Einwilligung als Rechtsgeschäft stehen, wollen von Fall zu Fall nach richterlichem Ermessen entscheiden lassen [52]). v. Liszt [53]) entscheidet nach Analogie der §§ 55—57 StGB. (heute §§ 1—3 J. G. G.): Die Einwilligung eines noch nicht 14jährigen ist unwirksam, es bedarf also der elterlichen Einwilligung; über 18 ist nur die Einwilligung des Jugendlichen ausschlaggebend, während zwischen 14 und 18 Jahren die geistige und sittliche Reife ausschlaggebend ist. — Umfang und Voraussetzungen der elterlichen Einwilligung ergeben sich aus dem Fürsorgerecht des BGB. [54]). Daraus ergibt sich, daß die Zustimmung der Eltern zu einer Operation, die vom ärztlichen Standpunkt verwerflich ist, keine Wirksamkeit besitzt [55]). Dasselbe gilt für die Einwilligung zu einem Eingriff an dem Minderjährigen zu Versuchszwecken [56]). Man kann im letzteren Fall die Wirksamkeit der elterlichen Einwilligung nicht nur wegen Ueberschreiten des Fürsorgerechts, sondern wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten ablehnen. Ueber den Fall, daß der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zu einer ärztlich indizierten Operation verweigert, vgl. unten.

§ 8.

Die präsumierte Einwilligung als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit.

Im vorhergehenden Paragraphen ist gezeigt worden, daß der Standpunkt, die Einwilligung rechtfertige den ärztlichen Eingriff und mache ihn damit straflos, zu durchaus brauchbaren Ergebnissen geführt hat. Allerdings wurden nur diejenigen Fälle erfaßt, bei denen die Eigenmächtigkeit des ärztlichen Eingriffes ausgeschlossen

---

[50]) Vgl. Ahrens a. a. O., S. 70 und RG. in Str. Bd. 25, S. 383.

[51]) Anders Lilienthal a. a. O., S. 28.

[52]) Allfeld, S. 192; RGR. Kommentar zum BGB. § 106 Anm. 2, ebenso RGStr. Bd. 41, S. 392; anders dagegen RG. in JW. 1907, S. 505, Gruchot Beitr. Bd. 51, S. 923, Warn. 1911 Nr. 398 und OLG. Darmstadt in Seuff. Arch. Bd. 62, S. 269.

[53]) Lehrbuch, S. 157; vgl. auch v. Lilienthal a. a. O., S. 43, v. Bar in Ger.-S. 60, S. 104.

[54]) Fischer a. a. O., S. 276.

[55]) v. Bar a. a. O., S. 103; Brückmann a. a. O., S. 662.

[56]) Köhler a. a. O., S. 415.

war, und zwar eben durch die Einwilligung. Man könnte deshalb einwenden, daß dadurch die Grenze des vorliegenden Themas überschritten worden sei. Demgegenüber ist aber zu erwidern, daß zunächst die Vollständigkeit der Behandlung aller Unrechtsausschließungsgründe auch das Eingehen auf die Einwilligung notwendig machte. Die in den §§ 2—6 behandelten Theorien über die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffes unterscheiden nicht zwischen eigenmächtigen ärztlichen Eingriffen und solche mit Einwilligung, sie beanspruchen Anwendung auf beide Arten von Fällen. Diese weitgehende Anwendung kann die Einwilligung naturgemäß nicht beanspruchen, da sich aus ihr selbst der Gegensatz zur Eigenmacht ergibt. Wären wir zu dem Ergebnis gekommen, daß die Einwilligung nicht geeignet ist, die Rechtswidrigkeit ärztlicher Eingriffe auszuschließen, so wären damit auch die Eingriffe mit vorhandener Einwilligung in diesem Zusammenhang zu eigenmächtigen geworden. Andererseits haben wir aber durch Anerkennung der Einwilligung als Unrechtsausschließungsgrund die Grenzen der Eigenmacht gefunden. Alle diejenigen Eingriffe, die aus irgend einem Grunde, z. B. wegen Unsittlichkeit, Täuschung usw. durch die Einwilligung nicht gedeckt werden, sind demnach eigenmächtig. Im übrigen werden wir sehen, worauf schon oben hingewiesen worden ist, daß ein großer Teil der Ausführungen zur Einwilligung im folgenden Paragraphen über die Geschäftsführung ohne Auftrag als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit grundlegend ist.

Nicht durch die Einwilligung gedeckt wird insbesondere die Gruppe von Fällen, die in § 1 unter Ziff. 3 aufgezählt ist (und die auch in der Literatur und Rechtsprechung am meisten behandelt wird). Es sind dies die Fälle, in denen wegen Bewußtlosigkeit des Patienten die Einwilligung zu einer unaufschiebbaren Operation nicht mehr eingeholt werden kann, oder wo sich während der Operation Komplikationen ergeben, die ein Eingreifen über das geplante Maß hinaus notwendig machen; weiter der Fall, wo eine Operation an dem Minderjährigen ohne Einwilligung des Vertreters wegen dessen Abwesenheit vorgenommen werden muß. Das Reichsgericht sieht hier den Rechtfertigungsgrund in einer präsumierten Einwilligung [1]), ebenso v. Bar [2]), Mezger [3]), v. Weber [4]), Lilienthal [5]) (der im übrigen die Zwecktheorie vertritt); vgl. auch Köhler [6]).

RGStr. Bd. 25 S. 383: „. . . so werden sich unbedenklich für die vielerörterten Ausnahmefälle, in denen Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit und Unzurechnungsfähigkeit des Patienten, oder bei Gefahr im Verzuge wegen Abwesenheit der Vertreter des Kranken eine ausdrückliche Willensentschließung der hierfür zuständigen Per-

[1]) RGStr. Bd. 25, S. 381; und der ORA. zu demselben Urteil, S. 389; RGZ. in JW. 1907, S. 505; RGZ. Bd. 68, S. 431 ff.; OLG. Braunschweig in Seuff. Arch. Bd. 48, Nr. 262.

[2]) Ger.-S. Bd. 60, S. 97.

[3]) a. a. O., S. 290.

[4]) a. a. O., S. 47 ff.

[5]) a. a. O., S. 42.

[6]) a. a. O., S. 397/98.

sonen nicht erzielen läßt, oder die Willensäußerungen des Kranken oder seiner Angehörigen unklar, unsicher, schwankend lauten, wertvolle praktische Folgerungen zugunsten des guten Glaubens und der berechtigten Voraussetzungen des behandelnden Arztes im Sinne eines ihm aktuell zur Seite stehenden Konsenses der Beteiligten ergeben. — Trotz der auch m. E. zu billigenden Ergebnisse vermag ich mich nicht dem Standpunkt des RG. anzuschließen. Ebenso wie bei dem vom RG. vertretenen Standpunkt hinsichtlich der Einwilligung fehlt auch hier eine gesetzliche Grundlage, die die Anwendung der präsumierten Einwilligung rechtfertigt. Dasselbe gilt für die Ausführungen von Mezger (a. a. O.), der vom Standpunkte des Interessenschutzes zur präsumierten Einwilligung kommt. — Teilweise wird gegen die präsumierte Einwilligung eingewendet [7]) sie stelle eine Fiktion dar, da man ebenso gut auf einen die Operation ablehnenden Willen des Kranken schließen könne. Dieser Einwand wird wohl zu Unrecht erhoben. Der vermutliche Wille geht, auch wenn eindeutigere Indizien nicht vorhanden sind, immerhin so weit, daß die nach den Umständen erforderlichen Maßnahmen zur Erhaltung des Lebens und der Gesundheit vorgenommen werden. Hinsichtlich des Einwandes, die Präsumtion versage beim Selbstmord [8]), vgl. unten.

Unrichtig ist es auch, wenn gesagt wird, es fehle dem Arzt am Vorsatz, wenn er bei Vornahme der Operation annimmt, der Patient würde, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre, eingewilligt haben. Der Vorsatz fehlt, wenn ein Unrechtausschließungsgrund irrtümlich als vorhanden angesehen wird. Nimmt also der Arzt an, die Einwilligung sei nicht vorhanden, fehlt diese aber, so bleibt er wegen vorsätzlicher Körperverletzung straflos, in Frage käme nur noch fahrlässige Körperverletzung. Weiß jedoch der Arzt genau, daß eine Einwilligung nicht vorliegt, nimmt er aber an, daß der Kranke eingewilligt haben würde, so ist die Straflosigkeit des Arztes erst dann begründet, wenn nachgewiesen wird, daß auch die vermutete Einwilligung einen objektiven Unrechtsausschließungsgrund darstellt. Letzteren Falls kann insoweit wieder der Vorsatz fehlen, als der Arzt irrtümlich annimmt, der Patient wolle die Operation, während sich bereits aus den Umständen das Gegenteil hätte ergeben müssen. Hier käme ebenfalls nur fahrlässige Körperverletzung in Frage. Es ist aber unrichtig, zu sagen, es fehle der Vorsatz, wenn der Arzt vermutet, der Patient würde eingewilligt haben [9]).

§ 9.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Ausschlußgrund der Rechtswidrigkeit.

Bei den im vorigen Paragraphen aufgezählten Fällen, in denen das RG. und andere die präsumierte Einwilligung zu Hilfe ziehen,

[7]) Kahl a. a. O., S. 365; Stooß a. a. O., S. 35/36.

[8]) Löffler a. a. O., S. 245; Heimberger a. a. O., S. 10/11; Oppenheim a. a. O., S. 10/11.

[9]) Vgl. Zitelmann a. a. O., S. 103.

gehe ich im Anschluß an Zitelmann[1]) zur Begründung der Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffes und dessen Straflosigkeit von der im Zivilrecht geregelten Geschäftsführung ohne Auftrag aus. Ebenso wie bei der Einwilligung ist der wesentliche Unterschied gegenüber der Stellungnahme des Reichsgerichts, daß der hier vertretene Standpunkt eine feste Grundlage im Gesetz selbst findet. Diese gesetzliche Grundlage bildet ebenso wie bei der Einwilligung das Zivilrecht. Es muß deshalb zunächst bewiesen werden, daß die GoA. im Zivilrecht die Kraft besitzt, die Rechtmäßigkeit des Eingriffes in ein Rechtsgut zu begründen. Nachdem dies festgestellt worden ist, brauchen wir nur in der obigen Kette der Beweisführung für die Einwilligung die GoA. (die ja eine „vermutete Einwilligung" voraussetzt) einzusetzen. Es war gezeigt worden, daß die Einwilligung unter besonderer Berücksichtigung des hier betroffenen Rechtsgutes, nämlich der Integrität des Körpers, gleichmäßig die Rechtswidrigkeit im Zivil- wie im Strafrecht ausschließt, daß also hier der vorher bewiesene Grundsatz der Einheitlichkeit des Unrechts insofern gewahrt wird, als durch denselben Grund, nämlich die Einwilligung, die Rechtmäßigkeit in beiden Rechtsteilen wieder hergestellt wird. Ein Unterschied in dieser Stellung zwischen GoA. und Einwilligung ist nicht vorhanden, da die Geschäftsführung ohne Auftrag bereits im Zivilrecht nur den Ersatz der Einwilligung darstellt, allerdings der Einwilligung als Ausfluß irgend welcher Verträge, seien es Dienst-, Werkverträge o. a.

Zunächst ist zu prüfen, ob die ärztliche Tätigkeit unter den Begriff der Geschäftsführung im Sinne des BGB. fällt. Der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" wird in erheblich verschiedener Weise ausgelegt. Von manchen[2]) wird angenommen, daß der Begriff der Geschäftsführung wegen § 675 deshalb nicht auf alle Handlungen ausgedehnt werden dürfte, weil dann sämtliche Werk- und Dienstverträge eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt haben würden, was dem Wortlaut („Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat") widerspräche. M. E. ist diese Argumentation, abgesehen davon, daß sie eine sichere Grenzlinie nicht bringt, deswegen nicht haltbar, weil sich aus den Protokollen[3]) ergibt, daß der § 675 erst nachträglich eingeschoben worden ist.

Das Wort „Geschäft" selbst bildet keine geeignete Grundlage zur Definierung des Begriffs der Geschäftsbesorgung. Insbesondere ist es nicht richtig, unter Geschäft nur Rechtsgeschäft zu verstehen[4]). Einmal hätte das Gesetz dann den zweifelsfreien Ausdruck „Rechtsgeschäft" gebrauchen können. Außerdem kann eine Geschäftsbesorgung nach § 682 auch von einem Geschäftsunfähigen

---

[1]) a. a. O., S. 104 ff.; begründet ist diese Theorie von Rosenberg, im Ger.-S. Bd. 62, S. 62 ff.; umfassend begründet und ausgebaut erst von Zitelmann.

[2]) Vgl. Oertmann zu § 675, 1b S. 802/03; Staub-Koenige, Kommentar zum HGB. Bd. III, 362 Anm. 2 (S. 467).

[3]) Bd. II, S. 376.

[4]) So Staub a. a. O.

vorgenommen werden, was bei Gleichsetzung der Ausdrücke „Geschäft“ und „Rechtsgeschäft“ mit den entsprechenden Bestimmungen des allgemeinen Teils des BGB. im Widerspruch stünde. Des weiteren wird in § 679 der Fall geregelt, daß eine Geschäftsbesorgung die gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn zum Inhalt hat. Diese Unterhaltspflicht besteht aber in der Hauptsache aus tatsächlichen Leistungen, z. B. der Versorgung mit Kleidung, Nahrung. — Gegen die Gleichstellung von Geschäft mit Rechtsgeschäft sprechen sich bereits die Motive aus [5]).

Nachdem festgestellt worden ist, daß auch tatsächliche Handlungen unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fallen können, insofern also der ärztliche Eingriff nicht ausgeschlossen wird, ist zu prüfen, ob die Geschäftsbesorgung, wie teilweise behauptet wird, vermögensrechtlicher Natur sein muß. Endemann [6]) versteht unter Geschäftsbesorgung „die Entfaltung einer selbständigen, in die zivilrechtlich anerkannten Verhältnisse eines anderen unmittelbar eingreifenden Tätigkeit, sei es durch rchtsgeschäftliche Handlungen oder durch tatsächliche Verrichtungen“. Deutlicher auf die wirtschaftlichen Interessen stellt es Staudinger [7]) ab: Er versteht unter Geschäftsbesorgung jede Angelegenheit, „die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines anderen (des Geschäftsherrn) angehört“ (insbesondere fällt nach seiner Ansicht nicht unter den Begriff die Tätigkeit des Arztes). Oertmann [8]), rechnet zur Geschäftsbesorgung alle diejenigen Dienste, „die unmittelbar als solche für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sind“. Auf die ärztliche Tätigkeit will aber Oertmann die Vorschriften über die GoA. analog anwenden [9]). Cosack [10]) schreibt: Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, sind solche, „die auf die Vornahme eines Rechtsgeschäftes . . . im Namen oder für Rechnung des Empfängers gerichtet sind. Aber auch Dienstverträge, die auf Handlungen tatsächlicher Art abzielen, sind hierher zu rechnen, sofern die Handlungen zur Verwaltung des Vermögens des Dienstempfängers gehören“ (verändert in den neueren Auflagen). In den anschließend gebrachten Beispielen unter II führt er ausdrücklich die Tätigkeit des Arztes als nicht unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fallend an. — Die Vertreter der eben zitierten Anschauungen stützen sich außer auf das bereits oben widerlegte Argument des § 675 auf die Protokolle und den Sprachgebrauch. Von einem Sprachgebrauch, der unter Geschäften nur Handlungen wirtschaftlicher Natur versteht, kann m. E. nicht die Rede sein. Ueberhaupt ist eine Begründung mit dem „Sprachgebrauch“, wie wir bereits oben bei der Auslegung des Begriffs „Mißhandlung“ gesehen haben, sehr vorsich-

---

[5]) Bd. II, S. 855.
[6]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 1080/81.
[7]) Kommentar zu § 675, 2b.
[8]) a. a. O., S. 803, zu § 675, 1b.
[9]) a. a. O., Vorbemerkung zu den §§ 677 ff. Ziff. 2.
[10]) Lehrbuch Bd. 1, § 143, II, 1.

tig zu nehmen. Die Protokolle [11]) lassen eine eindeutige Stellungnahme vermissen. Die Kommission wollte die Entscheidung der Frage der Wissenschaft überlassen. Auch der Satz, „in der Regel (!) werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei", kann nicht als Beweismittel obiger Ansicht herangezogen werden.

In der Praxis wird der Begriff der Geschäftsbesorgung stets im weitesten Sinne aufgefaßt [12]). Die Einschränkungen verschiedener Art entsprechen auch keineswegs den praktischen Bedürfnissen (Planck a. a. O.). Wenn man insbesondere den vorliegenden Fall der ärztlichen Behandlung betrachtet, so muß es m. E. als willkürlich angesehen werden, wenn dieser von der Geschäftsbesorgung ausgeschlossen wird [13]). Die Konsequenzen, die sich bei Anwendung der Geschäftsbesorgungsgrundsätze auf die ärztliche Tätigkeit beispielsweise hinsichtlich der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Führung der einmal aufgenommenen Behandlung, des Ersatzes der Aufwendungen, der Schadensersatzpflicht usw. ergeben, sind durchaus den praktischen Bedürfnissen entsprechend. Andererseits wird keine rechtliche Grundlage von denen angegeben, die die ärztliche Tätigkeit als nicht unter die Geschäftsbesorgung fallend ansehen wollen. Unrichtig ist auch die Ansicht, der ärztliche Eingriff könne keine Geschäftsführung „für einen anderen" (vgl. § 677) sein, da dies voraussetze, daß der Geschäftsherr, also der Patient im vorliegenden Falle, die Operation selbst vornehmen könne; so Hamm [14]): „Unter Besorgung der Geschäfte für einen anderen ist doch die Besorgung an Stelle des anderen, also die Besorgung eines Geschäfts, verstanden, das der andere, wenn er nicht verhindert wäre, selbst vornehmen würde. Die ärztliche Behandlung eines Kranken ist aber kein Geschäft, das der Kranke selbst vornehmen könnte, und das der Arzt an seiner Stelle besorgt". — Diese Auffassung verkennt aber den Zweck, der mit der Formulierung „für einen anderen" beabsichtigt war. Aus den Motiven [15]) ergibt sich, daß durch die Fassung die in der Doktrin vertretene Unterscheidung zwischen objektiv fremden Geschäften, wenn das besorgte Geschäft an sich als ein Geschäft des Geschäftsherrn erscheint, und subjektiv fremden Geschäften, wenn es an sich als ein solches sich nicht darstellt, wohl aber von dem Geschäftsführer für den Geschäftsherrn bestimmt gewesen ist, abgelehnt wird. Außerdem würde die praktische Folgerung dieser Anschauung sein, daß die Operation eines Geschwürs, das der Patient eventuell selbst hätte aufstechen können, eine Geschäftsbesorgung darstellt, während dies bei einem Geschwür, das wegen seiner örtlichen Lage dem Patienten nicht zugänglich war, nicht der Fall wäre.

---

[11]) Bd. 2, S. 377.
[12]) Vgl. bei Planck zu § 675, 2 (S. 1203).
[13]) Vgl. Brückmann a. a. O., S. 667.
[14]) In D. J. Z. 1907, S. 449.
[15]) Bd. 2, S. 855.

Nach den obigen Ausführungen sind demnach die Sätze des BGB. über Geschäftsführung ohne Auftrag auf den ärztlichen Eingriff unmittelbar anwendbar. „. . . . und wäre selbst der Begriff in § 677 enger zu nehmen, so müßten die Rechtssätze über Geschäftsführung doch entsprechend angewendet werden, sollte anders nicht die empfindlichste Lücke bleiben“ [16]).

Die letzte und wichtigste Frage der Ausführungen ist die, ob durch die Geschäftsführung ohne Auftrag die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird. Schon aus allgemeinen Erwägungen heraus ist dies zu bejahen. Die Vorschriften der GoA. sind geschaffen, um solche Fälle zu regeln, in denen der Geschäftsherr aus besonderen Gründen seine Angelegenheiten nicht selbst erledigen oder durch vertraglich verpflichtete Personen ausführen lassen kann. Für den letzteren, hier wesentlichen Fall, treten die Vorschriften des Gesetzes über die Geschäftsführung ohne Auftrag an Stelle des Vertrages, den der Geschäftsherr mit dem Geschäftsführer abgeschlossen hätte, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre. Durch einen solchen Vertrag (bzw. die folgende Einwilligung) wäre ohne weiteres die Rechtswidrigkeit aller vertragsmäßigen Eingriffe in die Rechtssphäre des Geschäftsherrn ausgeschlossen worden. An die Stelle dieses Vertrages tritt mangels eines solchen die GoA. Es ist nicht einzusehen, warum hier ein Unterschied gemacht werden soll mit dem Ergebnis, daß Eingriffe auf Grund einer auftraglosen Geschäftsführung (vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Grenzen eingehalten worden sind) rechtswidrig bleiben. Des weiteren weist Zitelmann [17]) darauf hin, daß aus der gesamten Behandlung, welche die auftragslose Geschäftsführung im Bürgerlichen Recht finde, mit Sicherheit hervorgehe, daß der Gesetzgeber diese „Menschenhilfe“ begünstigen und fördern, nicht verhindern wolle, sofern sie nur in den Schranken der §§ 677 ff. bleibe: „Undenkbar also, daß er sie als etwas Rechtswidriges ansieht, was ja bedeuten würde, daß er sie verbiete. Das hieße in einem Atem ja und nein sagen“.

Die einzelnen Vorschriften des Gesetzes sprechen für die hier vertretene Auffassung [18]). Hat der Geschäftsführer die Geschäftsführung in den Grenzen des § 678 übernommen, so ist er nach § 677 verpflichtet, die Angelegenheit zum Nutzen des Geschäftsherrn weiterzuführen. Wenn demnach eine Verpflichtung zur Weiterführung besteht, so wäre es ein Widerspruch, zu sagen, die Handlungen des Geschäftsführers seien rechtswidrig, also verboten und damit nach den allgemeinen Deliktsgrundsätzen zum Schadensersatz verpflichtend. Praktisch würde das zu dem Ergebnis führen, daß niemand sich bewogen fühlen würde, eine Geschäftsführung im Interesse eines anderen vorzunehmen, da er immer schadensersatzpflichtig gemacht werden könnte. Die Verpflichtung zum Schadensersatz tritt nur dann ein, wenn der Geschäftsführer die Grenzen seiner durch § 677 auferlegten Verpflichtungen schuldhaft überschritten

[16]) Zitelmann a. a. O., S. 104/05.
[17]) a. a. O., S. 105.
[18]) Vgl. dazu Zitelmann a. a. O.

hat; dasselbe gilt auch dann, wenn er bereits bei der Uebernahme, nicht also erst, wie in § 677 bei der Ausführung, schuldhaft gegen das Interesse des Geschäftsherrn verstoßen hat. Nur in diesen beiden Fällen der §§ 677, 678 bleibt die Handlung widerrechtlich.

Die hier vertretene Auffassung, daß durch die auftragslose Geschäftsführung die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, vertreten außer den bereits zitierten insbesondere Galli[19]), Oertmann[20]), Elster[21]), H. A. Fischer[22]), v. Thur[23]), Dernburg[24]), Enneccerus[25]), v. Gierke[26]). Insbesondere die strafrechtliche Bedeutung der GoA., nämlich die Aufhebung der Rechtswidrigkeit auch für das Strafrecht und damit die Straflosigkeit des erfolgten Eingriffes, heben hervor Galli (a. a. O.), Ahrens[27]) (vgl. auch noch unten) und Fischer. Gegen den hier vertretenen Standpunkt erhebt Planck[28]) eine Reihe von Einwendungen. Er meint, nach der Entstehungsgeschichte habe der Gesetzgeber nur beabsichtigt, die obligatorischen Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn zu regeln, ohne an das allgemeine Prinzip des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit zu denken. — Demgegenüber ist zu sagen, daß auch Verträge nur die Beziehungen zwischen den Parteien regeln wollen. Die unmittelbare Folge dieser Verträge ist aber, und anders ist es auch nicht bei der GoA., daß im Rahmen des Vertragsverhältnisses der eine Vertragspartner unter Umständen zu Eingriffen in ein Rechtsgut des andern berechtigt, ja sogar verpflichtet ist. Daß dann folgeweise auch die Rechtswidrigkeit des Eingriffes ausgeschlossen wird, steht dem nicht entgegen, daß nur die Verhältnisse zwischen den Parteien geregelt werden[29]). Rechtswidrig würde der eine Vertragspartner erst dann handeln, wenn er den Rahmen des Vertrags überschreitet. Ebenso würde sein Handeln bei der GoA. erst dann rechtswidrig sein, wenn er (was Ahrens gegenüber Planck besonders hervorhebt, vgl. S. 15, ebenso meine obigen Ausführungen) entweder die Geschäftsführung nicht dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entsprechend ausführt oder gegen dessen Interesse und Willen die Geschäftsführung bereits übernimmt. In beiden Momenten, bei der Uebernahme und bei der Ausführung, muß also, das ist beson-

---

[19]) In „Das Recht" 1905, S. 126 ff.

[20]) Kommentar zum BGB. II, § 823 Nr. 7.

[21]) a. a. O., S. 748.

[22]) In D. J. Z. 1926, S. 1282.

[23]) a. a. O., S. 470.

[24]) Die Schuldverhältnisse, II, 2 § 301 Anm. 1.

[25]) a. a. O.

[26]) Deutsches Privatrecht Bd. 3, S. 883 Anm. 11 und S. 983.

[27]) „Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund" a. a. O. und in „Die Rechtswidrigkeit . . .", S. 285.

[28]) In den Ausführungen vor § 677 (S. 682).

[29]) Vgl. auch die ausführlichen Darlegungen gegen Planck bei Ahrens, a. a. O., insbes. S. 13, 14, 15, 18, 20, 21.

ders zu betonen, Wille und Interesse des Geschäftsherrn berücksichtigt werden, damit die Geschäftsführung rechtmäßig ist. Planck[30]) kommt zu dem Ergebnis, daß im allgemeinen (außer den Fällen, wo es sich nicht um ein Rechtsgut der in den §§ 823 ff. geschützten handelt) die Grundsätze über Delikte immer anzuwenden seien, auch wenn die Handlung zum Zwecke der Geschäftsführung erfolge[31]). Hierzu vgl. die obigen Ausführungen. Gegen Planck wenden sich insbesondere Enneccerus[32]) und H. A. Fischer[33]). Letzterer bringt folgendes treffende Beispiel: Brennt während der Abwesenheit der Gutsherrschaft ein einsamer Gutshof ab, und eilen die Nachbarn zu Hilfe, so müßte die treue Dienerschaft sich der Aufgabe widmen, die Löschenden von ihrer Arbeit abzuhalten. Das wäre Notwehr gegen rechtswidrige Angriffe in das Besitztum ihres Herrn.

Gegen die strafrechtliche Anwendung erheben Hegler[34]) und Kohlrausch[35]), letzterer unter besonderer Ablehnung der Grundsätze der GoA. auch vom gesetzgeberischen Standpunkte, den Einwand, daß die Geschäftsführung nur die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer, also das Innenverhältnis, regeln wolle, nicht aber das Außenverhältnis, nämlich die Beziehungen zwischen den Parteien und dem Staat. Strafrechtliche Wirkung könne demnach der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zugesprochen werden. Dieser Einwand ist grundsätzlich derselbe wie der von Planck erhobene. Dieser wollte nur die obligatorischen Beziehungen der beiden Parteien durch die GoA. geregelt wissen, die Frage der Rechtswidrigkeit sollte unberührt bleiben; letztere Einschränkung wird von Hegler und Kohlrausch auf das Strafrechtsgebiet erweitert. Gegen deren Stellungsnahme verweise ich auf meine Ausführungen bei Planck und auf die grundlegenden Erwägungen hinsichtlich der Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit usw.

Brückmann[36]) nennt es einen „fundamentalen Irrtum" Rosenbergs, „daß er den Willen des Geschäftsherrn, so wie ihn der Gesetzgeber für das Institut der GoA. verwertet habe, als Rechtfertigungsgrund der zivilrechtlichen Willenserklärung, wie sie sich im Auftrag, Werk- oder Dienstvertrag, zu erkennen gibt, an die Seite stellt". Niemals könne die GoA. die Stelle des Vertrags vertreten; das sei begrifflich eine völlige Unmöglichkeit. Mit Recht bezeichnet Ahrens[37]) diese Ausführungen als „einen fundamentalen Irrtum" Brückmanns. Es ist niemals, auch nicht von Rosenberg, versucht worden, den Vertrag der GoA. gleichzustellen, nur

---

[30]) Ihm schließt sich Oertmann, § 823, II, B 7, an.

[31]) Die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs im besonderen stützt Planck auf die amtliche Approbation (S. 683 a. E.).

[32]) a. a. O.

[33]) a. a. O., S. 285.

[34]) In ZStr. W. Bd. 36, S. 42.

[35]) Reform des Strafrechts (Asdr.-Kohlr.) S. 20.

[36]) a. a. O., S. 685/86.

[37]) a. a. O., S. 57.

in den Wirkungen schließt der Vertrag, oder wie Ahrens richtig hervorhebt, die im Vertrage liegende Einwilligung, ebenso wie die Geschäftsführung ohne Auftrag in solchen Fällen, in denen die Einwilligung einzuholen nicht möglich oder untunlich ist, die Rechtswidrigkeit aus. Darüber hinaus ist eine Gleichstellung der beiden Rechtsinstitute weder in den Voraussetzungen noch in den Wirkungen versucht worden. — Brückmann versucht auch [38]), die Genehmigung einer gegen die Interessen und den Willen des Geschäftsherrn vorgenommenen GoA. gegen die hier vertretene Auffassung ins Feld zu führen. Er meint, es stünde dann nichts im Wege, daß auch durch diese Genehmigung die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit ausgeschlossen werden würde. Durch die Genehmigung wird aber, wie ich bereits oben bei der Behandlung der Einwilligung dargelegt habe (vgl. auch die zitierte Entscheidung des RG.), die Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen. Die Wirkungen beschränken sich auf die Frage der Schadensersatzleistung [39]). — Weiter wendet Brückmann ein, die Vorschriften der GoA. würden versagen bei der Perforation. Hier ergäbe sich geradezu ein „Konglomerat der verwickeltsten Streitfragen", da die Interessen des Kindes denen der Mutter gegenüberstünden. Ich verweise hier auf meine Ausführung in der Einleitung. Es wurde dort bereits dargelegt, daß eben wegen dieser verschiedenen, sich überlagernden Interessen die Abtreibung nicht im Rahmen dieses Themas behandelt werden kann. Daß, wie ich zugebe [40]), die Vorschriften der GoA. nicht auf die Perforation passen, ist kein Beweis für die Ablehnung der GoA. überhaupt. Die Frage der Perforation ist unter ganz anderen Gesichtspunkten zu behandeln.

Inhaltlich muß die Geschäftsführung den Erfordernissen des § 677 entsprechen. Die Uebernahme und die Ausführung muß den Interessen des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen gemäß sein. Das Interesse des Geschäftsherrn ergibt sich aus den allgemeinen Lebensanschauungen, es wird also objektiv ohne Berücksichtigung der subjektiven Verhältnisse des Geschäftsherrn gefunden. Wollte man das Interesse unter subjektiven Gesichtspunkten, also unter besonderer Berücksichtigung der Persönlichkeit des Geschäftsherrn bestimmen, so wäre der Hinweis des Gesetzes auf den mutmaßlichen Willen überflüssig, da subjektiv bestimmtes Interesse und mutmaßlicher Wille identisch sind. Das Nebeneinanderstellen des mutmaßlichen Willens und des wirklichen Willens ist so zu verstehen, daß mangels Bestimmtheit des Willens des Geschäftsherrn dessen Willensrichtung aus seinen persönlichen Verhältnissen heraus bestimmt werden soll. Dabei ergibt es sich von selbst, daß der gemutmaßte Wille erst dann herangezogen werden kann, wenn ein wirklicher nicht zu erkennen ist.

---

[38]) a. a. O., S. 683.

[39]) Vgl. die ausführlichen Darlegungen von Ahrens a. a. O., S. 56 und S. 63 ff.

[40]) So auch Ahrens a. a. O., S. 56.

Die übrigen rechtlichen Grenzen bei Anwendung der Grundsätze der GoA. ergeben sich, ebenso wie bei der Einwilligung, aus den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Von wesentlicher Bedeutung ist auch hier wieder der § 138; sittenwidrige Eingriffe werden auch durch die GoA. nicht gedeckt. Als Beispiel zitierte ich folgenden treffenden Fall Zitelmanns[41]): A. möchte sich gern dem Militärdienst entziehen und sich zu diesem Zweck eine ihn untauglich machende Verletzung der Hand beibringen lassen; das hat er dem B. oft mit dem Bemerken gesagt, er werde einen guten Lohn dafür zahlen, zugleich fehlt ihm aber der Mut, die Hand dem Messer auszuliefern. Da findet B. ihn eines Tages bewußtlos betrunken und schneidet dem Fühllosen nun den Finger der Hand ab. — Diese Tat entspricht völlig dem Willen des A., trotzdem ist sie objektiv rechtswidrig. — Im einzelnen verweise ich hier auf meine Ausführungen bei der Einwilligung.

Für den Arzt ergeben sich bei den in Frage kommenden Fällen durchaus praktische Ergebnisse. Findet er einen Verunglückten beispielsweise vor, so kann z. B. bei einem Knochenbruch eine Schiene angelegt, eventuell amputiert werden. Beide Maßnahmen können, soweit sie kunstgemäß vorgenommen werden, als im Interesse des Kranken ausgeführt gelten. Sollte sich später herausstellen, daß der Behandelte etwa lieber gestorben wäre als amputiert, und hätte er sogar dritten Personen gegenüber diesbezügliche Aeußerungen gemacht, so handelte der Arzt zwar rechtswidrig, doch braucht er, wenn er diese Willensrichtung des Behandelten weder kannte noch kennen mußte, weder Schadensersatz zu leisten noch macht er sich strafbar. Auf die einzelnen Fälle, in denen die GoA. zur Anwendung kommt, z. B. Abwesenheit des gesetzlichen Vertreters usw., brauche ich nicht näher einzugehen, da sich an den rechtlichen Erörterungen nichts ändert.

Brückmann[42]) wendet ein, daß die Operation nicht im Interesse des Patienten lag, wenn sie trotz sachgemäßester Ausführung nicht zum glücklichen Ende führte, die Beförderung vom Leben zum Tode bedeute aber nicht die Förderung des „Besten" eines Menschen. Hier ist, wie bereits oben bei der Einwilligung, wo derselbe Einwand erhoben wurde, zu erwidern, daß es genügt, wenn die Uebernahme und Ausführung sachgemäß war und so dem Interesse und dem Willen des Patienten entsprach[43]). Ein weiterer Fall Brückmanns ist, wie Ahrens (a. a. O.) hervorhebt, mit Recht geeignet, die GoA. in ihrer praktischen Bedeutung und Brauchbarkeit zu erweisen, anstatt ihre Unanwendbarkeit darzutun. Im folgenden der Fall Brückmanns[44]): „Der Arzt, den der Patient beschwört, ihn sterben zu lassen und der die heißen verworrenen Beteuerungen für Ausgeburten des Fieberdeliriums hält, über die er als ungültige Willenserklärungen hinwegsehen zu dür-

[41]) a. a. O., S. 109.
[42]) a. a. O., S. 680.
[43]) Ebenso Ahrens a. a. O., S. 55.
[44]) a. a. O., S. 681.

fen glaubt, erfährt nach glücklich vollzogener Operation, daß er sich im Irrtum über den Zustand befunden, daß in Wahrheit ein gültiges Verbot vorlag, daß er somit auftraglos eine Geschäftsbesorgung übernommen habe, diese jedoch zwar dem „Interesse", nicht aber dem Willen des Operierten entsprach".

Hat der Arzt hier entschuldbar den wahren Willen des Kranken nicht erkannt, so fehlt ihm doch sowohl Vorsatz wie Fahrlässigkeit, er bleibt also unbeachtet der Rechtswidrigkeit seiner Handlung straflos. Irgend welche weitere Schwierigkeiten ergeben sich bei diesem Fall nicht.

Als wesentlicher und umstrittener Fall ist hier noch der des ärztlichen Eingriffes bei Selbstmördern zu behandeln. Die ärztliche Hilfe wird hier in der Regel gegen den Willen des Selbstmörders gerichtet sein. Rosenberg[45]) will den § 679 BGB. anwenden. Er steht auf dem Standpunkt, daß jemand, der den Versuch macht, sich zu töten, nicht den Willen habe, unbestimmte Zeit ohne Hilfe im Todeskampf zu liegen, daß ein Schwerverletzter, der sich einen Schuß ins Auge statt ins Gehirn, wie beabsichtigt, beigebracht hat, keineswegs auf ärztliche Hilfe verzichten wolle. — Diese Begründung ist aber insofern nicht stichhaltig, als sie nur einen Teil der Fälle des Selbstmordes trifft. Außerdem ist sie unrichtig, da sie das Willensmoment wieder heranzieht, das ja gerade bei Zugrundelegung des § 679 ausgeschlossen ist. Der Arzt, der sich auf § 679 beruft, hat eine Berufung auf den mutmaßlichen Willen nicht mehr nötig. Zieht er aber den mutmaßlichen Willen heran, so ist § 677 anzuwenden, nicht § 679. — Weiter meint Rosenberg, daß es im öffentlichen Interesse liege, wenn ein Schwerverwundeter nicht hilflos am Tatort liegen bleibe und vom Ungeziefer aufgefressen werde. Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig. Das polizeiliche Interesse geht nur soweit, als durch das Herumliegen des menschlichen Körpers die öffentliche Ordnung gestört wird. Das polizeiliche Vorgehen müßte sich also auf Wegschaffen des Körpers beschränken. Die Vornahme irgend welcher ärztlicher Eingriffe würde die Grenze des polizeilichen Interesses überschreiten. Zitelmann[46]) steht auf dem Standpunkt, daß der § 679 seinem Inhalt nach nicht auf den Selbstmord passe, da die verletzte Pflicht zwar eine sittliche, aber keine Rechtspflicht sei. Trotzdem will er § 679 analog anwenden, denn die herrschende Meinung sehe den Selbstmord als verwerflich an, außerdem werde dabei ein besonderes und dringendes öffentliches Interesse verletzt. Unter Eingehen auf die Vorgeschichte des § 679 kommt er zu dem Ergebnis, daß dessen analoge Anwendung im Selbstmordfalle zulässig sei. — Demgegenüber nehme ich an, daß der Fall des Selbstmordes auf einfachere Weise zu lösen ist, ohne daß auf § 679 zurückgegriffen werden braucht[47]). Ich schließe mich hier der Denkschrift zum

---

[45]) a. a. O., S. 76.

[46]) a. a. O., S. 113 ff.

[47]) Gegen die Anwendung von § 679 auch Köhler a. a. O., S. 396, und Brückmann a. a. O., S. 678.

Entwurf eines neuen StGB. von 1919 an [48]). Danach bleibt der entgegenstehende Wille des Gefährdeten außer Betracht, wenn er rechtlich nicht beachtlich ist. Ein solcher Fall ist der des Selbstmörders [49]). Ist aber der Wille des Selbstmörders ein rechtlich unbeachtlicher, so kann der Arzt ohne Rücksichtnahme auf diesen Willen vorgehen, ein Handeln gegen den Willen des Patienten liegt also nicht vor. Rechtlich beachtlich ist dagegen der Wille des Patienten, wenn er in anderen Fällen als denen des Selbstmordes in Lebensgefahr schwebt. Hier kann nicht gegen den Willen des Kranken ein Eingriff vorgenommen werden, selbst wenn er infolge der Weigerung stirbt [50]).

Der oben abgelehnte § 679 kommt dagegen in Anwendung in dem Fall, daß Eltern sich gegen einen an dem minderjährigen Kinde vorzunehmenden notwendigen ärztlichen Eingriff wenden. Hier kann der Arzt ohne Einwilligung der Eltern vorgehen [51]). Reichel [52]) hält es für zweifelhaft, ob hier § 679 ausreicht, und schlägt deshalb eine positive gesetzliche Regelung vor (vgl. daselbst). M. E. ist dies überflüssig; Reichel begründet im übrigen die Ablehnung des § 679 nicht. — Die Verweigerung der Zustimmung der Eltern kann unter Umständen strafbar sein [53]).

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Anwendung der Grundsätze des Bürgerlichen Rechts über die GoA. auf den ärztlichen Eingriff strafrechtlich zu durchaus befriedigenden Ergebnissen führt. Dies wird auch von solchen zugegeben, die an sich die Anwendung der GoA. für das Strafrecht ablehnen [54]) u. [55]).

Trotz dieses Ergebnisses erscheint mir eine gesetzliche Regelung im Strafgesetzbuch notwendig, um die Meinungsverschiedenheiten jeglicher Art, die sich um das Problem des ärztlichen Eingriffes gebildet haben, zu beseitigen. Dies halte ich insbesondere auch vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung für notwendig, da die Grundsätze der Geschäftsführung, angewandt im Strafrecht, durchaus nicht Allgemeingut von Theorie und Praxis, wie oben gezeigt wurde, geworden sind. Allerdings sind die praktisch sich durch Anwendung der Grundsätze der GoA. ergebenden Folgerungen de lege ferenda im weitesten Maße verwendbar.

Es ist deshalb meine Aufgabe, in den folgenden Ausführungen die gesetzgeberischen Vorschläge von Wissenschaft und Praxis, die

---

[49]) Vgl. auch Köhler a. a. O., S. 396.

[48]) S. 38 (zu § 22).

[50]) Vgl. dagegen Köhler a. a. O., S. 399; s. auch Beling in ZStr. W. Bd. 44, S. 236.

[51]) Vgl. v. Bar a. a. O., S. 105/06, und Stooß a. a. O., S. 30/34.

[52]) Verhandlungen des 34. Deutsch. Juristentages (1926) Bd. 1, S. 160.

[53]) So auch Lilienthal a. a. O., S. 43/44.

[54]) Vgl. Meyer-Allfeld a. a. O., S. 144 Anm. 50; Heimberger in „Reform . . ." (Aschr.-Kohlr.) S. 90; Gerland a. a. O., S. 503.

[55]) Grundsätzlich lehnen noch außer den oben bereits laufend zit. die GoA. ab Mezger a. a. O., S. 290; v. Weber a. a. O., S. 47 ff.; Wein a. a. O., S. 17.

in Frage kommenden ausländischen Gesetze und insbesondere die Regelung in den verschiedenen Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch zu prüfen.

§ 10.

Gesetzesvorschläge und ausländisches Recht.

Unter den Gesetzesvorschlägen sind von besonderer Bedeutung diejenigen, die von den Aerztekammern veröffentlicht wurden. Im Jahre 1905 stellte als erste die Aerztekammer Brandenburg-Berlin einen formulierten Gesetzesvorschlag auf. In der Folge nahmen eine Reihe anderer Aerztekammern hierzu Stellung und brachten zum Teil neue Vorschläge heraus. Diese sollen im folgenden wiedergegeben [1]) und besprochen werden.

1. Die Aerztekammer Brandenburg-Berlin.

„Betreffend die §§ 211, 218, 219, 220, 223, 223a, 224, 226, 228. Einfügung eines § 54a in den IV. Abschnitt (Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern):

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung

1. von einem approbierten Arzte in Ausübung seines Berufes innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft begangen wird und nicht in bewußtem Widerspruch steht mit der freien Willensbestimmung desjenigen, an welchem die Handlung begangen wird, oder seines gesetzlichen Vertreters;
2. von einem approbierten Arzte in Ausübung seines Berufes innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft begangen wird, insoweit sie zur Rettung eines anderen aus einer gegenwärtigen, auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib oder Leben bestimmt ist.

Für den Fall der Ablehnung des § 54a durch die gesetzgebenden Faktoren a) und b) . . . . (betrifft Abtreibung) c) Zusatz zu den §§ 223, 223a, 224, 226, 228:

Die Handlung ist straflos, wenn sie

1. von einem approbierten Arzte . . . (im weiteren wie oben).

2. Die Aerztekammern für Pommern, Schleswig-Holstein und Hessen-Nassau nehmen die Vorschläge von Brandenburg-Berlin unverändert an.

3. Die Aerztekammern für Ostpreußen, Westpreußen, Posen, Schlesien, Sachsen, Hannover, Westfalen, Rheinprovinz und die Hohenzollernschen Lande lehnen den § 54a von Berlin-Brandenburg ab. Hinsichtlich der übrigen Vorschläge ist die Stellungsnahme verschieden.

a) Hannover wünscht in dem Zusatze zu den §§ 223 ff. Ziff. 1 statt der Worte „mit der freien Willensbestimmung“ die Worte „mit dem erklärten Willen“.

---

[1]) Zusammenhängend sind die Gesetzesvorschläge der Aerztekammern aufgeführt bei Heimberger „Vergl. Darst. . . .“ Allgem. Teil Bd. 4, S. 40 ff.

b) Sachsen verlangt in „Erwägung des Umstandes, daß eine Handlung zugleich den Tatbestand der Körperverletzung und der Freiheitsberaubung haben kann", einen Abs. 4 zu § 239.

c) Ostpreußen schlägt unter Ablehnung der sämtlichen Zusätze zu den §§ 223 ff. folgende Fassung des § 223 Abs. 1 vor:
„Wer absichtlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 900 Mark bestraft",
oder eventuell folgende Fassung:
„Wer vorsätzlich einen anderen körperlich oder an der Gesundheit beschädigt, wird . . .".

d) Westpreußen will zu den §§ 223 ff. als § 223a hinzusetzen:
„Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn ein approbierter Arzt in Ausübung seines Berufes, innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft, den Körper des von ihm Behandelten mit dessen Einwilligung zur Verhütung oder Beseitigung einer Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit oder zu sonst erlaubtem Zweck verletzt.
Eine Einwilligung ist nicht erforderlich:
1. Wenn die Körperverletzung im Verhältnis zu dem in Aussicht stehenden Heilerfolg geringfügig und ohne Gefahr für Leben oder Gesundheit ist.
2. Wenn die Körperverletzung nicht gegen den mutmaßlichen Willen des Behandelten geschieht und zur Beseitigung oder Verhütung einer auf bessere Weise nicht zu verhindernden Gefahr für Leben oder Gesundheit des Behandelten erforderlich wird, und dessen Einwilligung nicht oder nur unter Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit von ihm selbst und ohne Schaden für sein Leben oder seine Gesundheit nicht mehr von seinem gesetzlichen Vertreter eingeholt werden kann".

e) Schlesien schlägt vor als Zusatz zu den §§ 223 bis 228:
I. „Eine vorsätzliche Körperverletzung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung in Ausübung der Heilkunde innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft durch einen approbierten Arzt erfolgt.
II. Die Handlung ist straflos, wenn sie von einem approbierten Arzt in Ausübung seines Berufes innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft begangen wird, insoweit sie zur Rettung aus einer gegenwärtigen, auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib und Leben bestimmt ist".

f) Posen zu den §§ 223 bis 228:
1. „Eine vorsätzliche Körperverletzung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung zum Zwecke der Heilung oder Pflege

eines anderen oder zu diagnostischen oder prophylaktischen Zwecken vorgenommen worden ist.

2. Wer zu Heil- oder Pflegezwecken einen Eingriff an dem Körper eines anderen vornimmt, im bewußten Widerspruch zu dem erklärten Willen dessen, an dem er vorgenommen wird, oder seines gesetzlichen Vertreters, wird . . . . . bestraft.
3. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig".

g) Westfalen schlägt einen § 233a vor:
„Eine vorsätzliche Körperverletzung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung in Ausübung der Heilkunde durch einen approbierten Arzt erfolgt ist".
Oder eine Abänderung des § 223 in folgender Weise:
„Wer in feindseliger Absicht und vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung . . .".
Dafür soll in einem § 239a bestimmt werden:
„Wird von einem approbierten Arzt in Ausübung der Heilkunde ein Eingriff an dem Körper eines anderen vorgenommen und steht der Eingriff im bewußten Widerspruch zu dem Willen dessen, an dem er vorgenommen wird, bzw. seines gesetzlichen Vertreters, so ist auf Gefängnis bis zu zwei Jahren oder Festungshaft bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bis zu 2000 Mark zu erkennen".
Sodann soll der von der Aerztekammer Brandenburg evtl. gemachte Zusatz Ziff. 2 folgen.

h) Rheinprovinz und Hohenzollern schlagen unter Ablehnung der Zusätze zu den §§ 223 ff. einen § 239a mit folgendem Wortlaut vor:
„Ein approbierter Arzt, der an einer Person im bewußtem Widerspruch mit ihrem Willen oder dem Willen ihres gesetzlichen Vertreters eine ärztliche Behandlung vornimmt, die ihren Körper verletzt oder ihre Gesundheit schädigt, wird wegen eigenmäßiger ärztlicher Behandlung mit Gefängnis oder mit Festungshaft bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis tausend Mark bestraft. — Straflosigkeit tritt ein, wenn die ärztliche Behandlung zur Rettung des Behandelten aus einer gegenwärtigen, auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib oder Leben geschah, oder wenn durch die ärztliche Behandlung nur eine vorübergehende, nicht zu umgehende Verschlimmerung des Befindens herbeigeführt wurde".

Dieser Vorschlag der Rheinischen Aerztekammer geht zurück auf den Referenten Schultz-Bonn. Demgegenüber macht Hamm folgenden, weiterhin „Hamm I" bezeichneten Vorschlag[2]). Der letzte Absatz des § 239a soll lauten:

[2]) Entnommen Zitelmann, D. dtsch. med. Wochenschr. Bd. 33, II, S. 2144; von Heimberger nicht zitiert.

„Straflosigkeit tritt ein, wenn die zur Rettung des Behandelten aus einer gegenwärtigen auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib und Leben geschah".

4. Die Hamburgische Aerztekammer nimmt den § 54a der Berliner Vorschläge an, ebenso den Zusatz zu den §§ 223 bis 228.

Im Zusammenhang mit den vorgehend angeführten Vorschlägen der Aerztekammern soll ein zweiter Vorschlag von Hamm („Hamm II") behandelt werden [3]), § 239a: „Ein approbierter Arzt, der an einem Kranken zu dessen Heilung eine Behandlung, welche seinen Körper verletzt oder seine Gesundheit schädigt, ohne Einwilligung des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters oder unter dessen Täuschung über Folgen und Gefahr die Behandlung vornimmt, wird wegen eigenmächtiger ärztlicher Behandlung mit Gefängnis oder Festungshaft zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu 1000 Mark bestraft". Die eigenmächtige Handlung ist straflos, wenn sie zur Rettung des Kranken aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben geboten war.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Wolle man nicht so weit gehen, so müsse man in Abs. 2 hinter „geboten war" einschieben:

„und die Einholung der Einwilligung nicht rechtzeitig oder nur mit Gefährdung des Lebens des Kranken erfolgen konnte".

Bei der Beurteilung [4]) der Vorschläge können diese zunächst in zwei Hauptgruppen eingeteilt werden [5]). Zur einen gehören alle diejenigen Entwürfe, die in einem Zusatz zu den §§ 223 ff. den unter bestimmten Voraussetzungen ausgeführten ärztlichen Eingriff unter gewisser Berücksichtigung des Willens des Betroffenen straflos lassen. Zu dieser Gruppe gehört z. B. die Aerztekammer Berlin-Brandenburg mit ihrem zweiten Vorschlag. Bei Nichteinhaltung der Grenzen dieser Bestimmungen kommen die Vorschriften über die Körperverletzung in Anwendung. Demgegenüber hat die andere Gruppe von Vorschlägen den ärztlichen Eingriff den Vorschriften über die Körperverletzung gänzlich entzogen, allerdings in verschiedener Weise. Ein Teil, z. B. Ostpreußen, will durch Umänderung des „Vorsatzes" bei der Körperverletzung in „Absicht" den ärztlichen Eingriff gänzlich den Bestimmungen über die Körperverletzung entziehen. Zu demselben Ergebnis führt der Vorschlag von Schlesien (Ziff. 1). Hier wird der angemessene ärztliche Eingriff tatbestandsmäßig dem Delikt der Körperverletzung entzogen. — Den ärztlichen

---

[3]) Hamm in D. J. Z. 1907. S. 452, angeführt bei Zitelmann a. a. O.

[4]) Vgl. die Kritisierung der Vorschläge bei Heimberger a. a. O. u. Zitelmann a. a. O.

[5]) Der Berl.-Brdg. Eventualvorschlag, einen § 54a aufzustellen, kann bei dieser Einteilung unberücksichtigt bleiben. Er ist von sämtlichen Aerztekammern außer der Hamburger abgelehnt worden mit der m. E. richtigen Begründung, daß „die allgemeinen Bestimmungen des StGB. nicht geeignet sind zur Aufnahme besonderer, nur dem Interesse eines einzelnen Standes dienenden Vorschriften" (vgl. Heimberger a. a. O., S. 42).

Eingriff entziehen ebenfalls den Vorschriften über die Körperverletzung diejenigen Vorschläge (z. B. Rheinprovinz), die den eigenmächtigen ärztlichen Eingriff als ein Delikt gegen die Willensfreiheit in einem § 239a bestrafen wollen. Hierdurch soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Vorschriften über Körperverletzung nicht in Anwendung kommen sollen. Es ist weniger eine Frage der Zweckmäßigkeit als eine solche der grundsätzlichen Einstellung, ob man den ärztlichen Eingriff unter gewissen Voraussetzungen als Körperverletzung oder als ein Sonderdelikt gegen die persönliche Freiheit bestraft wissen will. M. E. sollten gerade die ärztlichen Standesorganisationen dem zweiten Standpunkt geneigter sein, insbesondere da gerade Aerzte sich gegen die Annahme, der ärztliche Eingriff stelle eine Körperverletzung dar, gewandt haben.

Von vornherein abzulehnen ist die in einem großen Teil (vgl. z. B. Berl.-Bdg.) der Vorschläge enthaltene Beschränkung auf den approbierten Arzt. Hier eine Grenze zu ziehen zwischen Kurpfuscher und approbierten Aerzten ist völlig verfehlt. Daß jeder, der z. B. einem Verunglückten zweckmäßige Hilfe leistet, straflos bleiben muß, gleichgültig ob er Laie ist oder Arzt, dürfte doch keinem Zweifel begegnen. Eine ausreichende Schranke bietet bereits die Vorschrift über fahrlässige Körperverletzung. Eine andere, hier nicht zu behandelnde Frage, ist die, ob man die gewerbliche Ausübung der Heilkunde konzessionieren will. Bejahendenfalls müßten gewerberechtliche Vorschriften aufgestellt werden, die Vorschriften über Körperverletzung sind für solche Bestimmungen ungeeignet. — Zu einem merkwürdigen, sicher nicht gewollten Ergebnis führt der Vorschlag der Westfälischen Kammer. Im zweiten Eventualvorschlag wird durch die Formulierung, „wer in feindseliger Absicht . . .“, jeder Heileingriff den Vorschriften der Körperverletzung entzogen. Gleichgültig ist dabei, ob die Behandlung von einem approbierten Arzt oder Laien ausgeht. In dem weiter vorgeschlagenen § 239a wird der eigenmächtige Heileingriff bestraft, allerdings nur, wenn er von einem approbierten Arzt vorgenommen worden ist. Danach würde der von einem Laien ausgeführte eigenmächtige Heileingriff straflos bleiben, es sei denn, daß er zufällig unter die Bestimmungen von Nötigung oder Freiheitsberaubung fiele. — Ebenso will der Vorschlag der Rheinprovinz nur den von einem approbierten Arzte vorgenommenen eigenmächtigen Eingriff bestrafen. Allerdings kann hier aus dem Fehlen einer Bestimmung, die den Heileingriff den Vorschriften über die Körperverletzung entzieht, geschlossen werden, daß für die von einem nichtapprobierten Arzte vorgenommene Behandlung weiter die Bestimmungen der §§ 223 ff. gelten sollen.

Hinsichtlich der Berücksichtigung des Willens des Behandelten differieren die verschiedenen Vorschläge. Berl.-Bdg. schlägt vor: „. . . . und nicht in bewußtem Widerspruch steht mit der freien Willensbestimmung . . .“. Der Ausdruck „freie Willensbestimmung“ ist unklar, es geht aus ihm nicht eindeutig hervor, ob auch der nicht erklärte, aber aus den Umständen hervorgehende Wille, also der

zu vermutende, Berücksichtigung finden soll. Daß nur die vorsätzliche Außerachtlassung des Willens strafbar ist, halte ich nicht für ausreichend (s. darüber unten). Durch die Formulierung „mit dem erklärten Willen" im Abänderungsvorschlage von Hannover wird die im Berl.-Bdg. Entwurf vorhandene Unklarheit vermieden. Der zu vermutende Wille wird auch hier nicht berücksichtigt. Westpreußen berücksichtigt den ausdrücklich erklärten Willen (Einwilligung) und den „mutmaßlichen Willen". Die Vorschläge von Westfalen und Rheinprovinz, „im bewußten Widerspruch zu dem Willen", lassen ebenfalls nicht klar erkennen, ob der zu vermutende Wille dem erklärten Willen gleichstehen soll. Der Vorschlag „Hamm II" lautet: „Ohne Einwilligung des Kranken . . . oder unter dessen Täuschung über Folgen und Gefahr der Behandlung". Der Zusatz ist überflüssig, da eine durch Täuschung hervorgerufene Einwilligung keine rechtliche Wirksamkeit besitzt; der täuschende Arzt handelt demnach ohne Einwilligung.

Die Berücksichtigung des Willens des Behandelten wird in den Vorschlägen auf verschiedene Weise abgeschwächt, teilweise sogar völlig illusorisch gemacht. Wenn in Ziff. 2 des Berl.-Bdg. Vorschlages ein ärztlicher Eingriff, der „zur Rettung eines anderen aus einer gegenwärtigen, auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib oder Leben bestimmt ist", für straflos erklärt ist, so wird damit Ziff. 1 des Vorschlages in seiner Bedeutung hinsichtlich der Berücksichtigung des Willens aufgehoben. Jeder ärztliche Eingriff dient zur Beseitigung einer Gefahr für Leib oder Leben, die Ausdrücke „Gegenwärtigkeit der Gefahr" und „auf ungefährlichere Weise" bedeuten keine Einschränkungen. Das Ergebnis ist, daß der Arzt ohne Rücksichtnahme auf den Willen des Patienten jeden (sachgemäßen) Eingriff an diesem vornehmen kann. Eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Verletzten bedeutet auch Ziff. 1 des Absatzes 2 des Vorschlages von Westpreußen: „Eine Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn die Körperverletzung . . . geringfügig und ohne Gefahr . . . . ist".

Völlig unberücksichtigt bleibt die Willensfreiheit in dem Vorschlag von Schlesien, Ziff. II. Im übrigen ist hier ein Nebeneinanderbestehen von Ziff. I und Ziff. II unverständlich. M. E. können sie nur als Eventualvorschläge gedacht sein.

Der letzte Satz des Vorschlages der Aerztekammer der Rheinprovinz, „oder wenn durch die ärztliche Behandlung nur eine vorübergehende, nicht zu umgehende Verschlimmerung des Befindens herbeigeführt wurde", ist überflüssig, da er bereits in den vorhergehenden Worten, „aus einer gegenwärtigen auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib und Leben" enthalten ist. Der Vorschlag „Hamm II" hat die überflüssigen Worte gestrichen. In beiden Vorschlägen wird durch die Absätze II die in den Absätzen I vorgesehene Berücksichtigung des Willens aufgehoben. Der Eventualzusatz bei dem Vorschlag „Hamm II": „Und die Einholung der Einwilligung nicht rechtzeitig oder nur mit Gefährdung des Willens des Kranken erfolgen konnte" kann in Verbin-

dung mit dem vorhergehenden Teil des Absatzes durch die Berücksichtigung der „zu vermutenden Einwilligung“ in Abs. I ersetzt werden.

Sachsen verlangt einen Abs. IV. zu § 239, der die in einem körperlichen Eingriff eventuell liegende Freiheitsberaubung für straflos erklärt. Eine derartige Außerachtlassung der freien Willensbestimmung ist abzulehnen, da gerade die krassesten Fälle straflos bleiben würden.

Die Versuche, den ärztlichen Eingriff gänzlich den Vorschriften über die Körperverletzung zu entziehen und die eigenmächtige Behandlung als Delikt wider die Freiheit zu bestrafen, halte ich für befolgenswert. Ostpreußen wandelt im § 223 „vorsätzlich“ in „Absicht“ um. Hierdurch wird zwar der beabsichtigte Zweck erreicht, doch glaube ich, daß für die Allgemeinheit der Fälle dadurch der § 223 zu eng wird, beispielsweise würden die mit dolus eventualis ausgeführten Körperverletzungen nicht mehr durch § 223 erfaßt werden. Eine ähnliche Einengung des Tatbestandes bedeutet der Eventualvorschlag Ostpreußens: „Wer vorsätzlich . . . körperlich oder an der Gesundheit beschädigt“. Jede körperliche Beschädigung stellt aber eine Gesundheitsschädigung dar. — Der Fehler, die vorsätzliche Körperverletzung einzuschränken, wird durch den Vorschlag von Schlesien, Ziff. I, vermieden, in dem der innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft erfolgte Heileingriff nicht als Körperverletzung angesehen werden soll. Allerdings fehlt hier eine Bestimmung, die den eigenmächtigen Heileingriff bestraft. Aehnlich sind die Formulierungen der Posener und Westfälischen Kammern, letztere mit dem Eventualvorschlag, „wer in feindseliger Absicht und vorsätzlich . . .“ [6]). Der Ausdruck „vorsätzlich“ ist neben „Absicht“ überflüssig.

Im Vorschlag der Rheinprovinz ist zwar ein § 239a aufgestellt der den eigenmächtigen ärztlichen Eingriff straft, doch fehlt eine Bestimmung bei § 223, die den ärztlichen Eingriff den Vorschriften über die Körperverletzung entzieht. Scheinbar steht die Kammer (vgl. dazu die Besprechung der Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch) auf dem Standpunkt, der ärztliche Eingriff sei keine Körperverletzung, eine Sonderbestimmung also überflüssig. Diesen Standpunkt kann ich nicht teilen. Schon um den Meinungsverschiedenheiten ein Ende zu machen, halte ich eine Bestimmung bei § 223 für unbedingt erforderlich.

Im folgenden sind noch einige Nebenpunkte zu behandeln. Die Formulierung „in Ausübung seines Berufes“ im Vorschlag Berl.-Bdg. geht m. E. zu weit, (ähnlich Rheinprovinz: „ärztliche Behandlung“). Richtiger wären die Worte „zu Heilzwecken“ (vgl. „Hamm II“), um so mehr dann, wenn die Beschränkung auf den approbierten Arzt fallengelassen wird, weil bei Laien eine Berufsausübung nicht vorliegt. Allerdings wird durch die Worte „zu Heilzwecken“ der ärztliche Versuch nicht erfaßt. Für diesen wird, wie unten ge-

[6]) Aehnlich § 152 des Oesterr. Strafgesetzbuches von 1852.

zeigt werden wird, eine besondere gesetzliche Erfassung notwendig sein. — Die Worte „zur Verhütung oder Beseitigung einer Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit“ (Westpreußen) entsprechen dem Vorschlag „zu Heilzwecken“. Der Zusatz „oder zu sonst erlaubtem Zweck“ ist abzulehnen, da nicht feststeht, welche Zwecke erlaubt sind und welche nicht. Die kasuistische Aufzählung der verschiedenen Zwecke im Posener Entwurf ist überflüssig. — Die Hinzufügung der Worte „innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft“ (vgl. die Vorschläge von Berl.-Bdg. und Schlesien) ist notwendig, um nicht den fahrlässigen ärztlichen Heileingriff der Bestrafung zu entziehen. Die Worte „die ihren Körper verletzt oder ihre Gesundheit beschädigt“ in den Vorschlägen der Rheinprovinz und „Hamm II“ bringen den gerade zu vermeidenden Streitpunkt, ob der ärztliche Eingriff überhaupt eine Körperverletzung darstelle, wieder in das Gesetz hinein. (Zitelmann a. a. O.). Sie sind deswegen zu vermeiden.

Außer diesen Entwürfen der ärztlichen Standesvertretungen sind noch eine Reihe hauptsächlich von juristischer Seite ausgehender Einzelvorschläge gemacht worden.

Stooß[7]) formuliert folgendermaßen:

„Eigenmächtige ärztliche Behandlung.
Wer an einer Person eine ärztliche Behandlung ohne ihre Einwilligung oder ohne Einwilligung der Person, die sie zu vertreten berufen war, vornimmt, wird, sofern diese Behandlung zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit des Behandelten dringend geboten war, bestraft . . .“.

An neuen Punkten kann hier die Kritik nichts Neues finden. Es fehlt zunächst eine Bestimmung bei § 223, die den ärztlichen Eingriff den Vorschriften über die Körperverletzung entzieht. Daß Stooß dies unterläßt, ist erklärlich, wenn wir uns erinnern, daß er in der ärztlichen Operation überhaupt keine Körperverletzung sieht. Auf die zu vermutende Einwilligung geht er nicht ein. Die Berücksichtigung der freien Willensbestimmung des Behandelten wird durch den letzten Satz der Vorschrift im wesentlichen wieder aufgehoben.

Lilienthal[8]) schlägt vor:

„Wer eine ärztliche Behandlung an einer Person gegen ihren Willen oder, falls sie zur selbständigen Wahrnehmung ihrer Interessen tatsächlich nicht fähig ist, gegen den Willen der zu ihrer Vertretung berufenen Person vornimmt, wird . . . bestraft“.

Die Worte „tatsächlich nicht fähig“ deuten darauf hin, daß hier nicht der gewöhnliche Fall der Vertretung eines Geschäftsunfähigen oder -beschränkten gemeint ist, sondern der, daß ein Geschäftsfähiger in besonderen Fällen, wie z. B. bei Bewußtlosigkeit zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe nicht fähig ist. Wer dann zur

---

[7]) a. a. O., S. 38.
[8]) a. a. O., S. 57.

Vertretung „berufen“ ist, darüber gibt die Vorschrift keine Auskunft. Eine gesetzliche Vertretungsbefugnis, beispielsweise der nächsten Angehörigen, gibt es nicht. Hinsichtlich der übrigen an dem Vorschlag von Lilienthal zu bemängelnden Punkte verweise ich, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die obigen Ausführungen.

Schmidt[9]) schlägt einen Zusatz-Paragraphen hinter den §§ 53, 54 vor:

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch die Notwendigkeit ärztlicher Hilfe geboten war.

Derjenige, welcher zugezogen wird, um einer Person ärztliche Hilfe zu leisten, ist, solange diese Person oder deren gesetzlicher Vertreter der Behandlung nicht widerspricht, zu allen Eingriffen berechtigt, welche zur Erhaltung ihres Lebens oder ihrer Gesundheit (nach Maßgabe der Regeln der ärztlichen Wissenschaft *) erforderlich sind. Die Ueberschreitung der berechtigten Hilfe ist nicht strafbar, wenn der Arzt über deren Grenzen hinausgegangen ist, weil er infolge der begleitenden Umstände die ärztlichen Regeln nicht erkennen konnte (oder wenn die behandelte Person in den Eingriff einwilligte)“.

* „Wäre eventuell zu entbehren“.

Dieser Vorschlag ist in enger Anlehnung an die Formulierung des § 53 entstanden. Daraus ergeben sich eine Reihe von Fehlern. Abs. I läßt den notwendigen ärztlichen Eingriff straflos. Abs. II stellt eine gänzlich neue Vorschrift dar insofern, als er keine Definition des „notwendigen Heileingriffes“ gibt (vgl. dagegen § 53 Abs. II), sondern er steht gleichberechtigt neben Abs. I. Abs. II schränkt die Möglichkeiten des ärztlichen Vorgehens stärker ein, während Abs. I sehr weitgehende Freiheiten gibt. Da sich aber nicht ergibt, daß Abs. II den Abs. I begrenzen will, so ist das Nebeneinander der beiden Vorschriften ohne Sinn. Entsprechend der Formulierung des § 53 Abs. II hätte der Abs. II des Vorschlages etwa beginnen müssen: „Aerztliche Hilfe ist notwendig, wenn . . .“. — Die Berücksichtigung des Willens des Behandelten im Abs. II ist stark eingeschränkt. Der zu vermutende Wille wird nicht berücksichtigt. — Die Formulierung, „derjenige, welcher zugezogen wird“, ist abzulehnen. Dadurch werden die Fälle, in denen der Arzt, ohne zugezogen zu sein, einem Verunglückten Hilfe leistet, ausgeschlossen. Im 2. Satz von Abs. II sind insbesondere die Worte „oder wenn die behandelte Person . . . einwilligte“, abzulehnen, da auf diese Weise jeder noch so sehr den Regeln der ärztlichen Wissenschaft widersprechende Eingriff durch die Einwilligung gedeckt sein würde.

van Calker[10]) schlägt vor:

„Nicht strafbar ist die zu ärztlichen Zwecken erfolgende Handlung, vorausgesetzt, daß sie mit Einwilligung des Patienten oder

---

[9]) a. a. O., S. 37.

[10]) a. a. O., S. 49.

seines gesetzlichen Vertreters erfolgte, oder daß sie zur Rettung aus einer unmittelbaren Lebensgefahr erforderlich war".

Bemerkenswert ist, daß im Gegensatz zu dem größeren Teil anderer Vorschläge der Wille des Behandelten nicht schon unberücksichtigt bleibt, wenn „Gefahr für Leib oder Leben" vorliegt, sondern daß hier „unmittelbare Lebensgefahr" erforderlich ist. Sonstige Punkte zur Besprechung bietet der Vorschlag nicht.

Galli[11]) will dem allgemeinen Notstandsparagraphen anfügen:

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung in ärztlicher oder gleichartiger Hilfe bestand, welche zur Rettung eines Menschen aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben zweckentsprechend geleistet ist".

Durch die Formulierung „Leib und Leben" ist der Vorschlag zwar annehmbarer, doch reicht er nicht aus, um alle Fälle zu erfassen.

Von erheblicher, zum großen Teil zu vermeidender Kasuistik, ist der Vorschlag von Brückmann[12]):

„Der operative Eingriff bleibt, auch wenn er nicht durch ein Vertragsverhältnis oder die Einwilligung des verfügungsberechtigten Patienten gedeckt ist, straflos in den folgenden Fällen: Wenn er

I. 1. dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Operierten entspricht,
   2. in Ermangelung eines solchen Willens angemessen ist.

II. Ist der Operierte eine willensunfähige Person (Geisteskrankheit, Geistesschwäche) oder ein Kind unter 12 Jahren, so bleibt er straflos, wenn er
   1. dem Willen des gesetzlichen Vertreters entspricht und angemessen ist,
   2. in Ermangelung eines solchen Willens oder eines gesetzlichen Vertreters angemessen ist.

III. Ist der Operierte ein Kind über 12 Jahren, aber unter 18 Jahren, so bleibt er straflos, wenn er
   1. dem Willen des gesetzlichen Vertreters und des Kindes entspricht und angemessen ist.
      Befindet sich der Wille des Vertreters mit dem des Kindes nicht in Einklang, so geht derjenige vor, der mit der Angemessenheit übereinstimmt,
   2. in Ermangelung eines Willens des Kindes dem Willen des Vertreters entspricht und angemessen ist (II, 1).
   3. In Ermangelung eines Willens des Vertreters dem Willen des Kindes entspricht und angemessen ist,
   4. in Ermangelung eines Willens oder eines gesetzlichen Vertreters angemessen ist (II, 2)".

---

[11]) In „Das Recht" 1905, S. 128.
[12]) a. a. O., S. 704/05.

Daß nicht das zugrundeliegende Vertragsverhältnis, sondern lediglich die Einwilligung maßgebend ist zur Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffes, wurde bereits oben dargelegt. Deshalb ist die Anführung des „Vertragsverhältnisses" im Abs. I des Vorschlages überflüssig. Die Worte „Einwilligung" in Abs. 1 und „wirklicher und mutmaßlicher Wille" in Ziff. I, 1 können zusammengefaßt ausgedrückt werden durch „erklärte und mutmaßliche Einwilligung". Ziff. I, 2 ist überflüssig. Brückmann glaubte ihn für den Fall, daß auch ein mutmaßlicher Wille nicht erkennbar sei, aufstellen zu müssen. Ein mutmaßlicher Wille ist aber auch dann, wenn keine besonderen Umstände auf ihn schließen lassen, vorhanden. In diesem Falle ist er mit dem objektiven Interesse identisch. Das Wort „angemessen", oder besser noch, wie bereits oben formuliert wurde, „innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft", ist bereits in Abs. 1 aufzunehmen, um eine Grenze gegenüber dem fahrlässigen Heileingriff zu ziehen. Der Abs. II kann durch die Worte „oder seines gesetzlichen Vertreters" im Rahmen des Abs. I aufgenommen werden, wie das im größten Teil der hier besprochenen und noch folgenden Vorschläge geschehen ist. Ob es zweckmäßig ist, eine Alterszwischengrenze zu ziehen, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden, da diese Frage weniger juristischer als allgemeiner Natur ist. Ich gehe deshalb auf den Abs. III des Vorschlages von Brückmann, der im übrigen noch erheblich einfacher zu formulieren wäre, nicht weiter ein.

Der Vorschlag von Zitelmann[13]) lautet:

§ 240a: „Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Eingriff ärztlicher Art an dem Körper eines anderen zu Heilzwecken vornimmt, wird wegen eigenmächtiger ärztlicher Behandlung mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder Festungshaft von gleicher Dauer oder Geldstrafe bis zu 2000 Mark bestraft.

Die Behandlung ist nicht widerrechtlich, wenn sie mit Einwilligung des Behandelten oder seines gesetzlichen Vertreters, oder wenn sie zwar ohne Einwilligung, aber dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Behandelten oder seines gesetzlichen Vertreters entsprechend erfolgt.

Wer die Eigenmächtigkeit fahrlässig begeht, wird mit Gefängnis bis zu einem Monat oder mit Festungshaft von gleicher Dauer oder mit Geldstrafe bis zu 500 Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Eines Antrages bedarf es nicht, wenn infolge der Behandlung der Behandelte gestorben oder in Geisteskrankheit verfallen ist".

Eine Zusatzbestimmung zu § 223 fehlt auch hier. Die Absätze I und II könnten zusammengefaßt werden. Zu beachten ist, daß Zitelmann auch die fahrlässige Eigenmacht bestrafen will. Er begründet dies mit Recht damit, daß andernfalls die Aerzte sich gar nicht um den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Be-

[13]) a. a. O., S. 2147.

handelten kümmern würden, so daß eine Bestrafung wegen vorsätzlich eigenmächtiger Behandlung meist nicht in Frage käme.

Vollmann[14]) formuliert:

„I. § 233a: Eine vorsätzliche Körperverletzung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung von einem approbierten Arzt zu Heilzwecken innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft ausgeführt ist.

II. § 204a: Wer an dem Körper eines anderen einen sachgemäßen Eingriff ärztlicher Art zu Heilzwecken vornimmt in bewußtem Widerspruch zu dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Behandelten oder seines gesetzlichen Vertreters, wird . . . bestraft".

Grundsätzlich ist dieser Formulierung zuzustimmen. Im Abs. I ist die Beschränkung auf den approbierten Arzt fallen zu lassen. Die fahrlässige Eigenmacht ist ebenfalls für strafbar zu erklären.

Als letzten Vorschlag zitiere ich den von Löffler[15]):

„Die Tat ist nicht strafbar, wenn sie zum offenbaren Vorteil des Behandelten erfolgt ist".

Die Formulierung ist in jeder Hinsicht verfehlt. Der Erfolg darf nicht ausschlaggebend für den Ausschluß der Strafbarkeit sein, das hieße, Zufälligkeiten zu bestimmenden Momenten zu erheben. Außerdem läßt der Vorschlag die Berücksichtigung des Willens des Behandelten vermissen. — Als Beispiel einer solchen auf den Erfolg abgestellten Formulierung zitiere ich, bevor die moderne ausländische Gesetzgebung besprochen wird, eine interessante Gesetzesvorschrift von Hammurabi[16]) (2250 v. Chr.), Art. 218:

„Wenn der Arzt jemand eine schwere Wunde mit dem Operationsmesser macht und ihn tötet, oder wenn der Arzt jemand eine Geschwulst oder eine Höhlung mit dem Operationsmesser öffnet, und das Auge wird zerstört, so soll man ihm die Hände abhauen; und wenn es ein Sklave ist, der getötet ist, muß der ganze Wert des Sklaven ersetzt werden, und wenn es sich lediglich um die Zerstörung der Augen des Sklaven handelt, so soll er den halben Preis für den Wert des Sklaven zahlen".

Im amerikanisch-englischen Recht sind für die chirurgische Operation besondere Rechtssätze nicht vorhanden[17]). Stephen[18]) konstruiert sie aus dem Gesichtspunkte der Einwilligung (anschließend Kenny, Outlines S. 157 ff.; Wharton § 144); wenn der Patient nicht bei Sinnen ist, darf man auch ohne seine Einwilligung vorgehen; er bemerkt aber (Art. 228), daß in diesem

---

[14]) In der „Berl. klin. Wochenschr." 1908, S. 2174.

[15]) In „Der Deutsche Strafgesetzentwurf", Berichte und Abänderungsvorschläge bei der 1. Tagung der Oe. K. V. von 1921 (hrsg. v. Gleispach).

[16]) Angeführt bei v. Liszt in der „Zeitschr. f. ärztl. Fortbildung" 1904, S. 195.

[17]) Vgl. Löffler in Vergl. Darst. bes. Teil Bd. 5, S. 249.

[18]) Zit. bei Löffler in Vergl. Darst.

Falle die Zustimmung jede Art von Gefährdung, selbst die des Lebens, decke. Ernst Schuster[19]) faßt das englische Recht folgendermaßen zusammen:

„Die chirurgische Operation. Bei derselben ist die Rechtswidrigkeit der Tötung oder Körperverletzung ausgeschlossen (insofern sachverständige Sorgfalt angewandt wird):

a) Wenn der Operierte (bzw. im Falle von Kindern, welche noch nicht imstande sind, sich ein selbständiges Urteil zu bilden, der Gewalthaber) seine Genehmigung erteilt,

b) wenn der Operierte sich in einem Gesundheitszustande befindet, welcher die Erteilung der Genehmigung unmöglich macht.

Einwilligung des Verletzten. Dieselbe schließt die Rechtswidrigkeit stets aus, wenn nicht einer der folgenden Fälle vorliegt: Die Einwilligung zur Tötung oder zu einer lebensgefährlichen Körperverletzung, außer im Falle einer chirurgischen Operation".

Es ergibt sich, daß die eigenmächtige ärztliche Behandlung wegen Körperverletzung bestraft wird. Ob auch die fahrlässige Außerachtlassung des erklärten oder zu vermutenden Willens strafbar sein soll, ist nicht ersichtlich. Im übrigen entsprechen die Sätze den praktischen Bedürfnissen, wenn sie auch für eine gesetzliche Niederlegung noch abstrakter gefaßt werden müßten.

In Section 124 bringt der englische Entwurf (Criminal Code [Indictable offences] Bill) von 1878 eine Sonderbestimmung über den ärztlichen Eingriff[20]). In dem Kapitel „of matters of justification and excuse for the infliction of death and bodily harm" wird unter dem Titel „Surgical operations" bestimmt: „No one commits an offence by inflicting on another any bodily injury in the nature of any surgical operation performed either by the patient's own consent, or if he is incapable of consenting then by the consent of any person who has a lawful right to consent thereto, or if not such person's consent can be had, than if it is inflicted in good faith for the benefit of the patient, provided that this section shall be subject to the provisions hereinafter contained as to culpable negligence, and to the provisions of Section 159.

Diese Bestimmung deckt sich inhaltlich mit den von Schuster aufgestellten Bestimmungen, ich verweise deshalb auf meine dortigen Ausführungen. Heimberger wirft dem Entwurf als Mangel vor (vgl. dazu meine Ausführungen bei Schuster, „daß der chirurgische Eingriff als Körperverletzung bestraft werden muß, wenn er gegen den Willen des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters stattfindet, mag er auch angezeigt und glücklich verlaufen sein, während er in solchen Fällen doch nur als Eingriff in die persönliche Freiheit zu betrachten wäre".

---

[19]) In „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart" (hrsg. von Liszt) Bd. 1, S. 625.

[20]) Zit. bei Heimberger Vergl. Darst. a. a. O.

Die späteren Entwürfe von 1879 (§ 67) und von 1880 (§ 68) bestimmen [21]):

„Every one is protected from criminal responsibility for performing with reasonable care and skill any surgical operation upon any person for his benefit: Provided that performing the operation was reasonable, having regard to the patients state at the time, and to all the circumstances of the case".

Dieser Paragraph ging in das Strafgesetzbuch von Neuseeland (1893) über. — Er gibt dem Arzt eine weitgehende Machtbefugnis, da er Operationen auch gegen den Willen des Patienten zuläßt.

Nach dem Indian Penal Code [22]) ist zur Vertretung berechtigt „the guardian or other person having lawful charge of that person". Zweck der Einwilligung ist nicht nur der ärztliche Eingriff, sondern es genügt, wenn die Handlung „is done in good faith for the benefit of that person". — Buresch [23]) zitiert eine Bestimmung des Strafgesetzbuches der Goldküste: „Eine Einwilligung rechtfertigt nur, wenn es sich um einen ärztlichen Eingriff handelt".

Andere ausländische gesetzliche Bestimmungen über die ärztliche Operation fehlen [24]).

§ 11.

Die Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.

1. Der Vorentwurf (V. E.) von 1909.

Eine Sonderbestimmung über den ärztlichen Eingriff fehlt. In der Begründung zum 18. Abschnitt (Körperverletzung) § 227 (einfache Körperverletzung), der die Formulierung des Strafgesetzbuches § 223 unverändert übernommen hat, äußern sich die Verfasser des V. E. zu ihrem Standpunkt folgendermaßen:

„Der Entwurf hat davon abgesehen, besondere Regeln über die Strafbarkeit des ärztlichen Eingriffes aufzustellen, da es solcher Regeln nicht bedarf. Die Fragen, ob ein die Strafbarkeit ausschließendes ärztliches Berufsrecht anzuerkennen ist, kann dabei dahingestellt bleiben. Der Arzt, der infolge des ihm gewordenen Heilauftrages innerhalb der Regeln seiner ärztlichen Kunst einen Eingriff ausführt, handelt schon, objektiv betrachtet, nicht rechtswidrig, und die objektive Rechtswidrigkeit wird auch hier vorausgesetzt. Jedenfalls aber handelt der Arzt ohne den Vorsatz der Körperverletzung, dessen Unterschied von dem Vorsatz der Heilung klar und einleuchtend ist. Hieraus erfolgt eine Straflosigkeit . . .

Inwieweit zur Vornahme einer ärztlichen Operation die ausdrückliche Einwilligung des Kranken erforderlich ist, ent-

---

[21]) In deutscher Sprache bei Stooß a. a. O., S. 106.
[22]) Zitiert bei Gerland in Vergl. Darst. a. a. O., S. 518.
[23]) In „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart", II, S. 348.
[24]) Ueber die Entwürfe zu einem Oesterr. Strafgesetzbuch vgl. unten.

zieht sich, wie andere sich anknüpfende Fragen, der allgemeinen gesetzlichen Regelung und kann nur im einzelnen Fall nach dessen Umständen und der Anschauung der Zeit und der Wissenschaft entschieden werden".

Die Begründung ist m. E. in jeder Hinsicht verfehlt. Zunächst weicht sie einer klaren Stellungsnahme gegenüber der Berufsrechtstheorie aus. Dann wird gesagt, die objektive Rechtswidrigkeit fehle infolge des dem Arzt gewordenen Heilauftrages. Wenn also damit schon der objektive Tatbestand geleugnet wird, warum versucht man im nächsten Satz, die Straflosigkeit wegen Fehlens des Vorsatzes zu begründen? Wenn der objektive Tatbestand nicht erfüllt ist, ist ein Zurückgreifen auf den subjektiven Tatbestand widersinnig. Wenn an Stelle eines positiven Vorschlages auf die „Entscheidung von Fall zu Fall" und die „Anschauung der Zeit und der Wissenschaft" verwiesen wird, so werden damit die nach einer Lösung verlangenden zahlreichen Streitfragen negiert.

2. Demgegenüber bringt der Gegenentwurf zum Vorentwurf (G. E.) von 1911 einen positiven Vorschlag.

Der § 265 (Körperverletzung) ist gegenüber dem geltenden § 223 nicht verändert. Im 19. Abschnitt (Freiheitsberaubung) ist § 279 eingefügt worden:

„Eigenmächtige ärztliche Behandlung.

Wer einen anderen gegen seinen ausdrücklichen Willen oder nach den Umständen zu vermutenden Willen ärztlich behandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bis 5000 Mark bestraft.

Ist ein Dritter zur Sorge für die Person des Behandelten berechtigt, so ist der Wille des Berechtigten maßgebend".

Nach Ansicht der Verfasser ergibt sich aus dieser Bestimmung (vgl. Begründung zum G. E. S. 264 ff.), daß der ärztliche Eingriff keine Körperverletzung sein kann. — Zu dieser Frage habe ich schon oben Stellung genommen. M. E. ist zur Vermeidung jeglichen Zweifels erforderlich, daß eine Zusatzbestimmung zu § 223 StGB. den „angemessenen ärztlichen Eingriff" den Vorschriften über die Körperverletzung entzieht. Insbesondere ist dies notwendig, um eine Grenze zum fahrlässigen ärztlichen Eingriff zu ziehen. — Die fahrlässige Außerachtlassung des Willens des Behandelten wird im G. E. nicht bestraft.

3. Der österreichische Regierungsentwurf [1]) (1912) bringt im II. Teil, XXIV. Hauptstück (strafbare Handlungen gegen die persönliche Freiheit) § 325, eigenmächtige ärztliche Behandlung:

„1. Wer einen anderen wider dessen erklärten Willen oder aus den Umständen zu erschließenden Willen ärztlich behandelt;

---

[1]) Wird hier mitbehandelt, da das österreichische und deutsche Strafrecht einander angeglichen werden sollen.

2. wer einen anderen, der das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat, oder mangels geistiger Reife oder Gesundheit oder wegen Störung des Bewußtseins die Notwendigkeit der ärztlichen Behandlung nicht zu beurteilen vermag, wider den erklärten oder aus den Umständen zu erschließenden Willen des gesetzlichen Vertreters ärztlich behandelt, wird wegen Vergehens mit Gefängnis oder Haft bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 2000 Kr. bestraft.

Wer die Tat begeht, um einen anderen aus Lebensgefahr zu retten, ist wegen eigenmächtiger ärztlicher Behandlung nicht strafbar".

Dieser Vorschlag hat insofern gegenüber den anderen besondere Bedeutung, als er im letzten Absatz den zur Lebensrettung erfolgten eigenmächtigen Heileingriff straflos läßt. In anderen Vorschlägen war zumeist die Rede von „Gefahr für Leib oder Leben". Dadurch wurde dem Arzt unbeschränkte Vollmacht erteilt, da eine solche Gefahr in den meisten Fällen vorhanden ist. Durch die Beschränkung des österreichischen Entwurfes auf „Lebensgefahr" wird insbesondere der Fall des Selbstmordes erfaßt, allerdings auch die Fälle — und aus diesem Grund lehne ich den letzten Absatz ab — in denen der Behandelte durch Krankheit oder Unglücksfall in Lebensgefahr geraten ist. Hier halte ich die Außerachtlassung des Willens des Behandelten für zu weitgehend (vgl. dazu meine Ausführungen oben).

4. Der Entwurf der Strafrechtskommission (K. E.) von 1913 bringt ebenfalls wie der V. E. keine Sonderbestimmung für den ärztlichen Eingriff. Dagegen ist § 293, Einwilligung des Verletzten, von großer Bedeutung, er lautet:

„Nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt. Dies gilt nicht, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt".

Hier wird die unrechtsausschließende Wirkung der Einwilligung gesetzlich anerkannt, allerdings nur in Anwendung auf den wichtigsten Fall der Körperverletzung [2]). Dadurch, daß die Wirkung der Einwilligung durch die guten Sitten beschränkt wird, ergeben sich durchaus den praktischen Bedürfnissen entsprechende Folgerungen, auf die schon oben bei Besprechung des § 138 BGB. im Verhältnis zur Einwilligung hingewiesen worden ist. Der ärztliche Heileingriff wird durch § 293 zweifellos gedeckt. Allerdings werden die Fälle, wo eine ausdrückliche Einwilligung fehlt, nicht betroffen, so daß insofern § 293 nicht ausreicht. Praktisch wird aber § 293 bei der Transfusion, Transplantation und insbesondere beim Experiment. Diese Fälle werden durch eine Zusatzbestimmung zum § 223 StGB., die den „Heileingriff" den Vorschriften über die Körperverletzung entzieht, nicht erfaßt. Da eine Vorschrift, die über-

[2]) Kohlrausch, in „Reform . . ." (Aschr.-Kohlr.), S. 20, hält eine allgemeine Regelung der Einwilligung für unzweckmäßig, ebenso Gerland in Vergl. Darst. a. a. O., S. 499, insbes. S. 523 (Regelung der Einwilligung nur

haupt den „ärztlichen Eingriff“ nicht als Körperverletzung auffassen will, gleichgültig, ob es sich um eine Heilbehandlung oder andere Eingriffe (z. B. Experiment) handelt, zu weitgehen würde, ist die Bestimmung des § 239 hier von großer Bedeutung. Für das Experiment ergibt sich hieraus die Rechtmäßigkeit je nach den besonderen Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Größe und Art des Eingriffes.

Von erheblicher Bedeutung für den Heileingriff sind auch die Vorschriften des K. E. über die Nothilfe.

§ 28 (Notstand und Nothilfe) lautet:

„1. Nicht rechtswidrig handelt, wer im Notstand handelt oder Nothilfe leistet.

2. Im Notstand handelt, wer . . . .

3. Nothilfe leistet, wer unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr abzuwenden, aus der einem anderen ein erheblicher Schaden droht, den dieser zu tragen rechtlich nicht verpflichtet ist; die Tat darf jedoch nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen sein.

4. Hat der Täter die Grenzen des Notstandes oder der Nothilfe . . .“.

Durch diese Formulierung stellt § 28 K. E. eine erhebliche Erweiterung des geltenden Notstandsrechtes dar, da die Beschränkung auf die Angehörigen des Täters und auf Gefahr für Leib oder Leben fallengelassen worden sind. Ob die Formulierung des § 28 grundsätzlich zweckmäßig ist, braucht nicht untersucht zu werden, wesentlich ist hier nur seine Wirkung hinsichtlich des ärztlichen Eingriffes. Nach Ziff. 3 würde grundsätzlich die ärztliche Heilbehandlung straflos sein; der letzte Absatz schränkt aber insofern ein, als die Tat nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen sein darf. Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß die Worte „gegen den Willen“ unklar sind, da sie nicht erkennen lassen, ob auch der zu vermutende Wille berücksichtigt werden soll. Eine Erklärung gibt die Denkschrift zum § 22 (Notstand und Nothilfe) des Entwurfes von 1919, wo der § 28 K. E. hinsichtlich der hier in Frage kommenden Absätze unverändert übernommen worden ist; S. 38.

„Der Entwurf fordert daher allgemein, daß die Nothilfetat nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen wird. Eine Einwilligung des Gefährdeten ist damit nicht zur Voraussetzung der Nothilfe gemacht. Vielmehr ist nur bestimmt, daß die Mißachtung eines entgegenstehenden Willens des Gefährdeten die Berufung auf Nothilfe ausschließt. Dieser entgegenstehende Wille braucht nicht ausdrücklich erklärt worden sein; immerhin muß aber die Sache so liegen, daß der Nothelfer den entgegenstehenden Willen vermutet hat“.

---

beim einzelnen Delikt). Vgl. auch Frank in „Reform . . .“ (Aschr.-Liszt), S 267.

Warum diese grundsätzlich zu billigenden Ausführungen nicht ihren Niederschlag im Gesetz gefunden haben, ist nicht erklärlich, es bedurfte doch lediglich der Worte „gegen den erklärten oder zu vermutenden Willen“ um alle Zweifel zu vermeiden. — Die fahrlässige Eigenmacht bleibt straflos. In der Begründung zum Entwurf von 1919 (S. 38) wird ausgeführt, „es müßte die Bereitwilligkeit, anderen zu helfen, lähmen oder wäre ungerecht, wenn man von dem Nothelfer in dem Augenblick, wo ein schneller Entschluß geboten ist, verlangte, daß er eine sorgfältige Ueberlegung darüber entstellt, was der Gefährdete etwa will“. — Es wurde bereits oben ausgeführt, daß es notwendig ist, auch die fahrlässige Eigenmacht zu bestrafen, da andernfalls die Aerzte sich um die Erforschung des Willens des Behandelten einfach nicht kümmern würden. — Im übrigen ist gegenüber der Begründung einzuwenden, daß in den Fällen, wo ein besonders schnelles Handeln notwendig ist, Fahrlässigkeit im allgemeinen ausgeschlossen sein wird, wenn der Eingreifende den wahren Willen des Betroffenen nicht erkannt hat. Außerdem ergibt sich, daß bei Nichtberücksichtigung des Willens des Behandelten die Vorschriften über die Körperverletzung wieder Platz greifen.

5. Eine spezielle Regelung des ärztlichen Eingriffes bringt der Entwurf von 1919 im § 313, eigenmächtige Heilbehandlung:

„Wer einen anderen gegen seinen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Strafe tritt auch dann ein, wenn der Täter fahrlässig angenommen hat, daß der andere mit der Behandlung einverstanden war.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden“.

Eine Zusatzbestimmung bei § 223 fehlt. Die Verfasser des Entwurfs [3]) stehen auf dem Standpunkt, daß „eine Handlung, die von irgend jemanden nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Heilzwecken vorgenommen wird, niemals als eine körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung angesprochen werden, mithin niemals eine Körperverletzung sein kann“. Der Einwilligung bedürfe es deshalb nicht, um die Strafbarkeit wegen Körperverletzung auszuschließen, sondern nur, weil eine Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen einen Eingriff in seine Willensfreiheit enthält, den der Gesetzgeber nicht ungestraft lassen kann. — Daß diese Auffassung verfehlt ist, wurde bereits ausführlich dargelegt. — Unter Behandlung zu Heilzwecken verstehen die Verfasser des Entwurfs (vgl. Denkschrift a. a. O.) auch die Behandlung zur Beseitigung von Körperfehlern, wie Schielen und Leberflecken. Dagegen sollen darunter nicht Versuche fallen, durch die jemand zunächst krank gemacht wird, um dann an ihm neue Heilverfahren oder neue Heilmittel zu erproben; hier liegt immer der objektive Tatbestand

[3]) Vgl. Denkschrift zum Entwurf von 1919, S. 238.

der Körperverletzung vor. — Diese Ausführungen bestätigen meinen obigen Standpunkt, wo ich forderte, daß für die Fälle des Experimentes usw. eine Sonderbestimmung wie in § 293 K. E. aufzustellen sei. — Die Worte „gegen den Willen" sollen auch hier die Bedeutung haben, daß der zu vermutende Wille inbegriffen ist [4]). — Bemerkenswert ist, daß der Entwurf auch die fahrlässige Eigenmacht strafen will. In der Begründung [5]) wird dazu ausgeführt:

„Der Kranke, der sich in Behandlung begibt, kann nicht nur erwarten, daß er sachgemäß behandelt wird, sondern auch, daß der Behandelnde sich darüber vergewissert, ob der Kranke mit der in Aussicht genommenen Behandlung — etwa der für notwendig erachteten Abtrennung eines Gliedes — einverstanden ist".

Im § 22 des Entwurfes (Notstand, Nothülfe) wird dagegen die fahrlässig eigenmächtige Nothülfe nicht bestraft (vgl. darüber oben). Das Nebeneinander der §§ 22 und 313 ist deshalb so zu verstehen, daß § 313 als Spezialbestimmung die Anwendung des § 22 ausschließt; anders ist es dagegen im K. E., da hier wegen Fehlens einer den § 313 des Entwurfs von 1919 entsprechenden Bestimmung die Vorschriften über Nothülfe in Anwendung kommen.

6. Der Entwurf von 1924/25 (Reichsratsvorlage) bringt in § 238 eine Bestimmung, die den Heileingriff den Vorschriften über die Körperverletzung entzieht:

§ 239: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt".

Hierdurch ist die oben aufgestellte Forderung, daß für die Fälle, die nicht unter den Heileingriff fallen, wie z. B. das Experiment, eine Sonderbestimmung neben derjenigen, die den Heileingriff den Vorschriften über die Körperverleung entzieht, aufgestellt werden müsse, erfüllt. Daß § 239 gerade die Fälle des Experiments usw. erfassen wollte, ergibt sich aus der Begründung zum Entwurf von 1925 [6]). — Eine Bestimmung, die den eigenmächtigen ärztlichen Eingriff bestraft, fehlt. Es scheint [7]) daß die Verfasser auf dem Standpunkt stehen, daß die Formulierung, „Behandlungsweisen, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen", die Fälle, wo der Arzt eigenmächtig vorgeht, ausschließt, so daß hier wieder die Vorschriften über Körperverletzung Anwendung finden. — Die Bestimmungen über Notstand und Nothülfe (§ 22) sind gegenüber den vorhergehenden Entwürfen insofern wesentlich verändert, als die Berücksichtigung eines entgegenstehenden Willens des Betroffenen weggefallen ist [8]). Aus diesem Grunde halte ich — abgesehen von grundsätzlichen Erwägungen — eine spezielle Bestimmung über den eigenmächtigen ärztlichen Eingriff für notwendig.

---

[4]) und [5]) Begründung S. 259
[6]) S. 123 a. E.
[7]) Vgl. auch die Begründung S. 123.
[8]) Vgl. auch die Begründung S. 22.

7. Der Entwurf von 1927.

§ 263 (Heilbehandlung):

„Eingriffe und Behandlungen, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzung im Sinne dieses Gesetzes".

§ 264 (Einwilligung des Verletzten):

„Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt".

§ 281 (eigenmächtige Heilbehandlung):

„Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird ein approbierter Arzt . . . (betrifft Unterbrechung der Schwangerschaft).

Die Vorschriften der Abs. 1, 2 finden keine Anwendung, wenn der Behandelnde oder der Arzt nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Behandelten oder der Schwangeren rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten oder der Schwangeren verfolgt.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen".

Der Fassung dieses Entwurfes ist grundsätzlich zuzustimmen. § 263 entzieht zunächst den ärztlichen Eingriff den Vorschriften über die Körperverletzung. Klarer wäre wohl die Formulierung „Eingriffe zu Heilzwecken, die den Regeln der ärztlichen Wissenschaft entsprechen", da sich aus § 263 nicht ergibt, ob er nur den Heileingriff treffen will (vgl. auch unten). — Die Fälle des Experimentes usw. werden durch § 264 erfaßt. § 281 ist m. E. nicht zweckmäßig formuliert. Zunächst fehlt ein Eingehen auf den Fall der Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter. Die Worte „gegen dessen Willen" sind zu ersetzen durch „gegen dessen erklärten oder zu vermutenden Willen"; Abs. III kann dann wegfallen. Die fahrlässige Eigenmacht ist ebenfalls zu bestrafen.

In den Verhandlungen des Strafrechtsausschusses kam es bei Besprechung des § 263 zu einer Debatte, die zur Aenderung der Formulierung führte[9]). Gegen den Wortlaut erhoben vor allem die Sozialdemokraten Bedenken, die der Abgeordnete Landsberg als Berichterstatter begründete: Durch diese weite Fassung könnten Fanatiker des Chirurgenmessers einen Freibrief erhalten. Der Paragraph müsse eingeschränkt werden durch einen Zusatz, daß diese Eingriffe nur zu Heilzwecken gemacht werden. Der sozialdemokratische Abgeordnete Moses ist für noch stärkere Einschränkung der ärztlichen Befugnisse wegen der seiner Meinung

[9]) Vgl. Voss. Zeitung Nr. 151/52.

überhand nehmenden Versuche mit neuen Arzneien oder Heilverfahren. ORA. a. D. Ebermayer erklärte, gegen die Aufnahme der Worte „zu Heilzwecken“ habe er keine Bedenken. Der Zentrumsabgeordnete Wegmann stellte einen dementsprechenden Antrag, daß nur die ärztlichen Eingriffe für straffrei zu erklären seien, die zu Heilzwecken und gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen. Der Ausschuß nahm den § 263 in folgender Fassung an:

„Eingriffe und Behandlungen, die lediglich zu Heilzwecken erfolgen, der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechend und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden, sind keine Körperverletzung im Sinne dieses Gesetzes“.

§ 264 wurde gestrichen [10]).

Der Veränderung des § 263 ist zuzustimmen, abzulehnen ist entsprechend meiner obigen Ausführungen die Streichung des § 264.

Nach Beendigung der Besprechung der Entwürfe will ich kurz meine Stellungnahme de lege ferenda zusammenfassen:

Es ist eine Bestimmung aufzunehmen, die die kunstgerecht ausgeführte Heilbehandlung den Vorschriften über die Körperverletzung entzieht. Eine Sonderbestimmung erklärt die mit Einwilligung des Verletzten ausgeführten Körperverletzungen für straffrei, soweit die Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstößt. In dem Abschnitt Delikte wider die persönliche Freiheit ist eine Bestimmung aufzunehmen, die den eigenmächtigen Heileingriff bestraft. Der Eingriff ist eigenmächtig, wenn er gegen den erklärten oder zu vermutenden Willen des Behandelten oder seines gesetzlichen Vertreters ausgeführt wird. Die Eigenmacht ist auch strafbar, wenn sie fahrlässig geschieht.

---

[10]) § 281 des E. 1927 ist im Strafrechtsausschuß zur Zeit der schriftlichen Niederlegung dieser Arbeit noch nicht behandelt worden.